EVERHARDI BRONCHORSTII
DAVENTRIENSIS IC.

Centuriæ II.

MISCELLANEARVM
IVRIS CONTROVERSIARVM,

SIVE

ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ,

ET

CONCILIATIONES EORVNDEM.

AB AVTHORE

Jam denuò recognitæ, & amplius quam tertia parte auctæ & locupletatæ.



LVGDVNI BATAVORVM,
Ex officinâ IACOBI MARCI,
Typographi Collegij Ill. Ordinum
cIↄ Iↄ c xxi.

ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ,
SEV
MISCELLANEARVM
ASSERTIONVM CONTRO-VERSARVM IVRIS
Centvriæ primæ.

ASSERTIO I.

Princeps jus alicui quæsitum sine causa auferre non potest.



QVÆRITVR an princeps ex certâ scientiâ & plenitudine potestatis possit jus alicui quæsitum vel bona & facultates alicuius subditi auferre. Et verior est sententia, Principi id non licere, idque ex vulgata juris regula *l. id quod nostrum ff. de R. I.* Eadem sententia confirmatur *per l. 2. 3. & 7. C. de prec. Imp. off. l. ult. C. si contra jus vel util. pub. l. 10. C. de SS. Eccles. l ult. C. de loca. præd. civil. lib. 11. c. 1. de natur. feud. l. quod semel. ff. de decret. ab ord. fact. l. 5 §. fi. in fi. ff. de iniur.* Præterea hæc sententia confirmatur testimonio sacræ Scripturæ. Sic enim Naboth iustè fecisse dicitur, quod Regi Achabo vineam suam emere volenti concedere noluerit. Nam Rex contra legem Dei hoc postulabat, qua cavebatur, ut agri & possessiones in Israëlitico populo, justa distributione divisę manerent in cuiusque familia. *1. Reg. 21.*

Tria argumenta contra hanc decisionem adferuntur. Primum est *ex l. 2. C. de crim. sacrileg.* ubi dicitur sacrilegii instar esse, disputare de principali judicio. Resp. Illa lex ita accipienda est, quod disputare de principis voluntate & judicio non oportet, si forte elegit aliquem ad aliquod munus, qui videtur esse indignus, attamen de potestate principis disputare non est prohibitum. Præterea illa lex non decidit, quæ sit potestas Principis in privatorum seu subditorum bonis & facultatibus transferendis, sed tantum de honoribus & muneribus publicis distribuendis tractat, & de magistratibus eligendis agit: quorum cura & potestas ad solum Principem spectat. *L. 1. ff. ad L. Iul amb.*

Secundum argumentum depromitur ex *l.1.ff.de Conft. princ.* vbi dicitur, quod principi placuit legis habet vigorem; Itaque principis voluntas pro ratione eſt, & legis habet vigorem. Reſp. Eatenus principis voluntas eſt ſequenda, quatenus legibus, naturæ, & rectæ rationi non repugnat. Atqui contrarium eſt juri gentium, quo dominia rerum ſunt diſtincta, dominium alicui legitimè teſtamento vel contractu quæſitum, ſine juſta cauſa auferre. *l. ex hoc iure ff. de juſt. & jur.*

Tertium argumentum tale eſt. Princeps dicitur dominus totius mundi,& lex maris,id eſt totum orbem terrarum legibus ſuis regit & gubernat, *l. deprecatio. ff. ad l.Rhod. de ja:.l. bene à Zenone C.de quad.preſct.* Ergo res privatis & ſubditis ſine cauſa auferre poteſt. Reſp. Imperator eſt mundi dominus quantum ad juriſdictionem & protectionem, non quantum ad dominium rerum privatarum. Pulchre *Seneca*, Omnia princeps poſſidet imperio,at ſinguli dominio. Confirmat hanc ſententiam pluribus argumentis, legibus & rationibus *Fachin. lib. 8. Controverſ.c.63.* Porrò ſuperior deciſio cum tali reſtrictione eſt temperanda, quod Princeps poſſit ex cauſa publicæ vtilitatis vel neceſſitatis,priuatis jus ſuum auferre. Sic poteſt Princeps domum ſubditi,ciuitatis mœnibus nimis vicinam, vnde vel incendium vel hoſtiles inſidiæ metuuntur, jubere demoliri, item ſuburbia deſtruere,ne hoſtis eò ſe recipiat,denique fundum urbi propinquum pro dilatandis foſſis aut pomœriis civitatis, aut extruendis propugnaculis occupare per *l. ſi quando.L. ædificia. C.de oper.publ.* Quo tamen caſu Princeps auferens rem privati, tenetur ad ſolutionem juſti pretii. *l.venditor.§.ſi conſtat.ff.Com.præd.L.2.C.In qu.cau. ſervi pro præm.libert. accip.* Vide Gail. *lib. 2. Obſ.c.55.*

Quartò & vltimò opponitur. *l.2.§. ſi quis à Principe ff.Ne qu.in lo.pub.* vbi dicitur, Principem poſſe concedere, vt quis cum privati alicuius incommodo in publico ædificet. Reſpondeo. Hoc intelligendum eſt,cum Princeps id facit ob iuſtas cauſas. Nam ſine iuſta cauſa non debet,nec ſolet Princeps aliquid concedere,ex quo alter lædatur. Vide latius de hoc quæſtione. *Menoch. de arbitr. iud. cent. 1. quæſt. 48.*

ASSERTIO II.

Princeps ex contractibus cum ſuis ſubditis initis obligatur.

PRINCEPS pacta & contractus cum ſubditis initos ſervare tenetur, et iiſque efficaciter obligatur.tex.ſunt *in l.Cæſar. ff. de publica.& c.1.extra de probat.* Hanc ſententiam defendunt *Bart.ad l.digna vox C.de legib.& VVeſemb. in parat.*

in parat. ff. de const. princ. Porrò tenetur princeps ex contractibus cum subditis initis, non solum naturaliter, sed etiam ciuiliter & efficaciter: ne alioqui omni commercio exuatur, nullis cum eo contrahere volentibus, vtpote metuentibus, ne fidem semel datam violet. Constant namque contractus Arithmetica proportione, quæ in commutatione commerciorum æqualitatem planè exigit, neque considerat an aliquis rex vel subditus sit, dives vel pauper, sed vult omnes contractus vltrò citroque obligare æqualiter, & ideò contractus non debent claudicare. *l. Labeo. 19. ff. de V. S. l. cum emptor. ff. de rescind. vend.* Quinimò princeps quo major & potentior est subditis, eò plenius & efficacius ad fidem in conventionibus seruandam adstringitur. Nihil enim est, quod lumine clariore præfulgeat, quam recta fides in principe. *l. inter claras C. de sum. trin. & fide cathol.* Eandem sententiam confirmat *l. pen. C. de dona. inter vi. & vx.* vbi dicitur, quod contractus qui celebrantur cum Principe vel Imperatore, habent vim Legis. Hinc. *Bald. d. l. in c. 1. de natu. feu.* Celestinum quintum Pontificem inscitiæ arguit, qui mane beneficia dabat, & vesperi reuocabat, & dicit eum fuisse vnum pecus. Præterea omnes contractus qui à Principe ineuntur, habent naturam bonæ fidei *Bald. ad c. 1. §. si quis. nu. de pac. Constan.* Inde refert Sueton. in vita Augusti, cum Pop. Romanus promissam liberalitatem congiarij reposceret, Augustum respondisse, se bonæ fidei esse.

Sed vehementer obstat *l. princeps, ff. de legib.* vbi statuitur, quod princeps solutus est legibus. Ergo neque pactis aut conuentionibus cum suis subditis initis stare tenetur. Resp. Non omnibus legibus solutus est princeps, sed tantum legibus civilibus vel potius solennibus, quæ videlicet respiciunt solennia judiciorum, contractuum, vel testamentorum *l. omnium 19. C. de testa l. adoptio. 38. ff. de adopt. l. qui in prouincia 57. ff. de ritu.* Verum legibus naturæ & juris gentium princeps non est exemptus. *l. 2. §. 1. ff. de rebus eo. qui sub tut. l. digna vox. C. de legib.* Ergo & pacta servare tenetur, quia pacta & contractus sunt jure gentium introducta *§. penult. Inst. lib. 1. tit. 2. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iur.* Licet itaque Princeps solutus sit legibus, non tamen dictamine rationis naturalis, & lege naturæ, quia & Princeps est animal politicum, & rationis particeps *Bald. ad l. 2. C. de seru. & aqu.* Nec quicquam magis convenit æquitati naturali, quam ea quæ inter contrahentes placuerint, seruare: *l. 1. ff. de pact.* quia alioquin graue est, fidem fallere. *l. 1. ff. de const. pecu.*

Secundò aduersatur decisioni *l. penult. C. de donat. inter vir. & vx.* vbi expressè sancitur contractus vel donationes principis vicem legis obtinere. Vnde colligi videbatur principem ex suis contractibus non obligari, quia cui potestas est condendæ legis, ejus est & abrogandæ. *arg. l. quod iussit. 14. ff. de re*

iud. Resp. quod ibi dicitur, contractus principis vim legis obtinere, hoc ita intelligendum est, quod sicut contractus principis, ita & testamentum pro iusto & legitimo habeatur, etiam si princeps in iis non observaverit omnes solennitates à legibus requisitas. Hinc licet donationes inter virum & uxorem jure civili non valeant, tamen valent inter principem & Augustam. Similiter & donatio à principe facta, licet excedat summam 500. aureorum, tamen valet absque insinuatione. Ita erudite & eleganter tradit *Cujat. lib. obs. 26. c. 35.* Vide latius & plenius de hac quæstione differentem Sichar. *ad l. ex imperfecto 3. C. de testam. Petr. Gregor. lib. 7. de Repub. c. vlt. num. 27. & 28.*

ASSERTIO III.

Rescripto Principis potest alicui concedi dilatio temporalis, peremptoria verò exceptio concedi aut remitti non potest.

PRINCEPS potest rescripto suo alicui concedere exceptionem seu dilationem temporalem, at verò exceptionem peremptoriam, quæ jus alterius partis omninò tollit & infringit, concedere nequit. *tex. est. in l. 2. C. de precib. Imp. off.* Exemplum prioris partis est, si quando princeps concedat alicui debitori egeno inducias quinquennales, ne interea à creditoribus conveniatur, & vt spacium aliquod habeat ad pecunias comparandas, quod princeps licitè facere potest. *tex. sunt in l. universa. C. de precib. imp. off. l. ult. C. qui bo. ced. poss.* Ratio decidendi prioris partis est, quia hæ dilationes conceduntur sine gravi dispendio adversæ partis, in morâ enim modici temporis non solet magnum esse damnum. *l. si debitori 20. ff. de judic.* & quod differtur, non aufertur. Ratio decisionis posterioris partis est, quia princeps non potest ius vel dominium alicui privato quæsitum auferre, nisi ex justa causa, & propter vtilitatem publicam, quo tamen casu debet illi justum & solitum precium offerre. *l. item verberatum 15. §. 1. ff. de rei vend. l. venditor 13. §. 1. ff. Com. præd. Castren. ad d. l. 2.* Adhæc princeps non potest in gravem alterius injuriam beneficia alicui concedere *l. cum avus, & ibi Gloss. C. de emanc. libe.*

Sed vehementer obstat huic decisioni *l. si à te. C. de pact. int. empt. & vend.* vbi pactum erat interpositum inter venditorem & emtorem, vt si venditor intra certum tempus offerat precium emtori, quod tunc res esset inempta: in hoc

hoc casu deciditur dilationem huic pacto adjectam non posse remitti rescripto principis. Ergo dilatoria exceptio rescripto principis concedi aut remitti nequit. Resp. In specie istius legis, venditor qui postulat sibi post diem constitutum licere pretium offerre emtori, hoc agit, ut sibi venditionem semel contractam rescindere liceat, quo casu non dilatoriam, sed peremptoriam exceptionem sibi remitti postulat, quia offerendo precium post tempus in pacto venditioni adjecto expressum, vult à tota venditione recedere. Ita respondet Cujat. *lib obs. 2. c. 10. Anto. Fab. in error. pragmat. decade 25. erro. 3.*

Secundò adversatur *l. militem C. de procur.* ubi statuitur, quod exceptio dilatoria, qua miles repelli potest à munere procuratoris, non potest tolli rescripto Principis. Resp. Ideo hæc procuratoria exceptio rescripto Principis remitti non potest, quia repugnat vtilitati publicæ, vt miles sit procurator, primò quia hoc modo ab armorum occupatione milites avocantur, deinde milites constituti procuratores, propter armorum atrocitatem, & minarum terrores essent infesti & iniqui adversariis *l. milites 13. & l. ult. C. locat.*

ASSERTIO IV.

Iustè & Licitè Christianis servos habere conceditur.

QVOD Christianis licitum sit habere & possidere seruos, evidenter probatur ex prima origine & institutione seruitutis. Originem autem suam & initium servitus ex bellis accepit. Nam cum olim Imperatori exercitus liceret hostes in justo & legitimo bello captos jure belli occidere, summa humanitate introductum est, vt quos occidere licebat, eos captivos tenere, & seruituti vel ministerio suo subjicere possent, vt operis eorum vterentur. *§. 1. Instit. de ju. perso. l. pupillus 239. §. seruorum ff. de V. S.* Hinc servi à seruando dicti sunt, quia imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec occidere solent. *l. 4. §. ult. ff. de stat. ho.* Quin & jure diuino licitum fuit seruos in dominio & potestate sua tenere & possidere. Nam *Exodi 21. vers. 2. & 7.* traditur, quod licuit homini seipsum & liberos vendere, atque in servitutem detrudere, cum ad paupertatem esset redactus: quo loco adjicitur *vers. 2.* Si quis emerit seruum Hebræum sex annis serviet domino suo, septimo autem anno egredietur liber gratis Idem confirmatur *Levit. 25. vers. 39.* vbi admittitur sui ipsius venditio propter inopiam. Sic Ægyptii vendunt se Regi Pharaoni ob extremam famis necessitatem, totosque se illius potestati & dominio seruili, jure proprietatis subjiciunt. *Genes. 47.* Huc accedunt exempla veteris & novi testamenti, quæ ostendunt seruos etiam licitè à dominis

minis fuisse possessos, sicut de *Agar* ancilla *Genes. 13.* legitur, & de Onesimo servo in epistola Pauli ad Philemonen ostenditur.

Objicitur primò huic decisioni, quod seruitus est contraria legi naturæ, ideoque tanquam repugnans juri naturali improbanda censetur. Quod probatur ex eo, quod omnes homines ab initio & jure naturali liberi sint conditi. *l. manumissiones 4. ff. de just & in.* Secundò confirmatur hoc ex definitione seruitutis tradita *in l 4. ff. de stat. ho.* ubi seruitus definitur, quod sit constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.

Secundò aduersatur locus *Deutero.5.* ubi Deus præcepit Israëlitis, vt domini seruos suos septimo anno, postquam sex annos seruierint, manumittant, & libertati restituant. Ergo non voluit esse servos seu mancipia. Ad primam object. respondetur, quod servitus contraria sit humanæ naturæ, integræ quidem, sed non lapsæ & peccatis corruptæ: Nam propter intractabilitatem & malitiam hominum coërcendam seruitus est introducta, tanquam justa pœna peccati, ut hoc freno & jugo servitutis improbi homines bello justo & legitimo devicti, & in potestatem hostium redacti coërcerentur. Imò misericordia & humanitas magna fuit eos servare, & clementi seruitio subjicere, quos jure belli occidere licebat.

Secundæ objectioni respondetur, quod cum apud Iudæos serui dominis suis per sexennium operas & servitia exhibuissent, Deus concessit illis hoc beneficium, ut tot annorum seruitia tanquam mercedem seu compensationem datæ libertatis domino imputarent. Porrò serui illi apud Iudæos non tanquam serui, sed potius ut mercenarij habebantur, & à dominis suis detinebantur; qui operas suas pro mercede dominis solent elocare. Neque licebat dominis servos durius tractare, & inhumaniter aut inclementer eis imperare fastu & dominatu superbo. *Leuitici 25. vers. 39.* Vide latius differentem de hac propositione, quod Christianis seruos justè retinere & possidere liceat. Martyrem *in loc. com. clas. 4: cap. 19. Vrsin. lib. 2.* exercitat theologicarum, quæstione 54. & 55. ubi omninò hanc sententiam defendunt & amplectuntur. Postremò notandum, quod (vt quidam opinantur) primam originem seruitus ab ebrietate accepit. Sic enim Ambrosius in libro de Elia & jejunio c. 5. scriptum reliquit. Manebat antequam vinum inueniretur, omnibus inconcussa libertas, nemo sciebat à consorte naturæ suæ obsequia seruitutis exigere. Non esset hodie seruitus, si ebrietas non fuisset. Vide Arist. *lib. 1. Polit. c 3. & 4.* & ibidem annotationes Giphanij, vbi multis solidis argumentis & rationibus probat, quod inter Christianos licita & permissa sit seruitus, vbi notat etiam ad reprimendas seditiones vtilissimam esse seruitutem, quarum seditionum causa plerunque solet esse æs alienum

alienum & inopia. Sic & traditur optimum fuisse consilium Moysis, vt qui inopia laborarent, vel ære alieno premerentur, nè res novas moliantur creditoribus vel serviendo satisfaciant ad tempus, vel in perpetuum, pro debiti magnitudine.

ASSERTIO V.

Riparum usus publicus est, sed proprietas illarum eorum est, quorum prædiis hærent.

RIPARVM vsus publicus est jure gentium, sicut fluminis: vt naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere cuilibet liberum sit. At proprietas earum est illorum, qui propè ripas prædia possident. *l. riparum. ff. de rerum divis.* §. *riparum. Inst. eo.* Hinc cuivis in ripa ædificare non licet, & qui in ripa fluminis ædificat, id non facit suum, sed ædificium domino ripæ cedit, cujus est solum. *l. qui autem 14. ff. de acq. rer. do.*

Sed objicitur huic decisioni, quod proprietas riparum videtur potius dicenda nullius esse, sicut ipsius fluminis & littorum. Quod probatur hoc argumento. Cuius juris est totum, eius juris sunt & singulæ eius partes. At ripa fluminis pars est. Itaque si flumen ita publicum est, ut nullius sit in bonis, eodem jure & ripam haberi necesse est. Resp. Ripa non est pars fluminis, sed tantum distat à flumine, quantum continens à contento, ripa enim est id quod flumen continet. Atqui continens non est pars ejus, quod continetur, sed continens & contentum sunt inter se relata, quorum unum nunquam potest esse alterum.

Secundò opponitur *l. penult. §. 1. ff. de acq. rer. do. & l. 3. ff. de flumin.* ubi ripæ publicæ dicuntur. Resp. Ripæ dicuntur publicæ, propter usum, qui est publicus, sed proprietas riparum est privatorum, qui prope ripas prædia possident. Hinc etiam arbores, quæ in ripa fluminis nascuntur, privatis dominis vicinis acquiruntur, quia nascuntur ex corpore privato, dominium enim soli ripæ privatum est, & proprium vicinorum dominorum, qui propè ripas prædia possident. *l. ergo 30. §. 1. ff. de acqui. rer. do.* Ideò autem proprietas riparum privata est, quia hoc naturalis æquitas exigit. Cùm enim accolæ riparum cogantur eas munire, æquum etiam est pro impensis & laboribus, vt proprietas riparum ad illos pertineat: quia qui sentit onus, sentire debet & commodum.

Tertiò adversatur, quod ripæ sunt similes littoribus. Ergo sicut littora quoad proprietatem sunt nullius in bonis §. *littorum, Instit. de R. D.* eodem

 modo

modo ripæ jure gentium dicentur esse nullius, etiam quoad proprietatem. Resp. Non idem sunt ripæ in flumine, quod littora in mari: Nam littora quotidianis accessibus occupantur à mari, eique subjiciuntur, ut quæ subjacet mari terra vel arena, ideoque occupatum sequitur conditionem occupantis *l. penultim. ff. de R. D*. At ripæ non tenentur à flumine, sed continent flumen, ideoque cum ripæ non sint fluminis partes, neque teneantur à flumine, non censentur ejusdem conditionis esse, cujus est ipsum flumen. Ex his rectè concluditur proprietatem riparum illorum esse, qui propè ripas prædia possident. Ita eruditè docet Donel. *lib. 4. com. jur. cap. 3*.

ASSERTIO VI.

Pœna capitis in eos constituta est, qui muros ciuitatis transcenderint.

HÆc decisio apertè comprobatur in *l. ultim. ff. de rerum diuis. §. sancta Inst. eo. l. 3. §. in bello ff. de re milit.* Quibus in locis vnanimiter traditur, quod qui muros vrbis violauerint, siue murum ciuitatis vel vallum scalis admotis, vel alia ratione transcenderint, capite puniantur. Additurque ratio, quod apud Romanos alia via quam per portas vrbem ingredi vel egredi, hostile & abominandum visum fuit.

Sed huic conclusioni videtur repugnare allegata *l. ultim. ff. de rer. diuis.* in qua hoc non de qualibet vrbe statuitur, sed tantum asseritur obtinere in vrbe Roma. Quod confirmatur exemplo, ibi subjecto, nam inquit, & Romuli frater Remus ob id occisus traditur, quod vrbem Romam transcendere voluerit. teste etiam poëta Lucano, dum ita canit: Fraterno primi maduerunt sanguine muri. Ex quo colligit *Bart. in d. l. vlt.* quod qui alterius ciuitatis muros transcenderit, non capitali pœna sit afficiendus, sed alia extraordinaria & mitiori pœna pro judicis arbitrio. Quod & conuincitur per *l. 2. & 3. ff. ne qu. in loc. sacr.* ubi simpliciter prohibetur, ne quid in muris vel portis ciuitatis committatur, vnde damnum aut incommodum aliquod ciuitati irrogetur, nulla tamen certa pœna ibi exprimitur. At verò quoties leges aliquid sub pœna interdicunt, nec tamen certam pœnam exprimunt, tunc ea pœna committitur judicis arbitrio. *l. 1. §. expilatores ff. de effracto. & & expil. l. hodie. ff. de pœn. l. 3. §. pœna. ff. stellion. Gloss. in l. 5. C. de SS. Eccles.*

Resp. pœna capitis constituta est in eos, qui muros vrbis Romæ violauerint, aut transcenderint. Quod subjectum Romuli & Remi exemplum *in d. l. ult. ff. de rer. diuis.* manifeste declarat. In alterius verò ciuitatis murorum violato-

violatoribus hæc communior & receptior est DD. sententia, quod extra ordinem pœna arbitraria puniantur, puta relegatione vel carcere *d. l. 2. & 3. ff. ne qu. in loc. sacr.* Ita notat Boër. *decis. 232. Menoch. de arbitrar. judic. quæst. cas. 483. num. 6.* Si tamen delictum sit atrox & enorme, hoc est, si hostili animo aliqui muros transcenderint, pœna capitalis seu mortis infligi poterit. *l. vlt. ff. Ad l. Iul. majest.* Et hæc est communis DD. distinctio referente *Sneidew. ad §. sanctæ Inst. de rer. diuis.*

Secundò in contrarium adfertur locus *ex 9. cap. Actor. vers. 25. & 2. ad Corinth. c. XI. vers. penultim. & vlt.* vbi discipuli Christi Paulum Apostolum dimiserunt noctu in sportâ per muros ciuitatis Damasci. Quod tamen licitè factum non esse forsitan quis objiciat, quia sancti sunt muri & portæ ciuitatum, vnde eos transcendere non videtur Paulo fuisse licitum. Resp. Considerandus est finis, cur pœna interposita leges vetent muros ciuitatis transcendere. Quod ideò factum est, ne vrbes sint expositæ latrociniis, sed ut tuti sint ciues à proditionibus & insultibus hostium. Atqui cessat illa ratio, quoties de liberando homine innocente agitur. Itaque non minus licuit fidelibus Paulum in sportâ dimittere è mœnibus ciuitatis, quam licebit civi privato muros transilire, ut subitum hostis incursum ab vrbe repellat. Quod & Cicero rectè definit, dum inquit. Etiamsi lex peregrinum arceat à muri accessu, minimè tamen peccare eum, qui murum conscenderit seruandæ ciuitatis causâ. Nam leges semper ad æquitatem sunt flectendæ, & mens ac ratio, quæ est anima legis, imprimis est attendenda, quæ in hac lege ea potissimum & principaliter fuit, vt ab hostili incursu & violenta oppugnatione ciuitates tutæ atque inuiolatæ conseruarentur. Plura alia ad hanc assertionem pertinentia scribunt *Decian. in tract. crim. lib. 7. c. 36. Petr. Gregor. lib. 55. syntagm. jur. cap. 7. num. 7.*

ASSERTIO VII.

Merum Imperium est habere gladij potestatem, ad animaduertendum in facinorosos homines.

CONTROVERTITVR ab interpretibus, an hæc sit vera definitio meri imperij, quæ tradita extat *in l. 3. ff. de jurisd.* an verò exemplum tantum aliquod meri imperij ibi proponatur. Et verior est sententia, merum imperium *in d. l. 3.* definiri, non verò tantum exemplum aliquod proponi. Idque ex eo apertè patet, quod *Iurisconsultus* vsus est verbis denotantibus definitionem meri imperij, non exemplum aliquod referentibus: Sic enim inquit, Merum imperium est gladii potestas, &c.

Sed objicitur quod multa alia sunt meri imperij, præter gladij potestatem, puta damnatio in metallum, deportatio, bonorum confiscatio, relegatio. *l. illicitas §. qui vniuersas ff. de offic. præs.* quæ tamen verbis definitionis non continentur. Ideoque hæc definitio est angustior suo definito, cum alia meri imperii membra, seu partes ejus potestatis non comprætendat. Resp. Hæc definitio desumpta est à potiori & digniori parte meri imperii, quæ est gladii potestas, definitiones autem & denominationes à potiore rei parte desumi debent. Gladii verò appellatione compræhenditur quælibet alia grauior facinorum coërcitio, & quæcunque pœna, qua vita, libertas, vel civitas alicui eripitur, veluti damnatio in metallum, deportatio, & bonorum confiscatio, & quæcunque publici judicii exercitio *l. 1. ff. de offic. ejus cui mand. est jurisd. l. solent. ff. de offic. proconsf. l. nemo potest. ff. de R. I.* Sic rectè dicimus magistratum habere jus gladii, cui merum imperium competit. *l. 1. C. Theod, Ne sine prin. i. jus. cert. jud. confisc. liceat.* vbi dicitur, præses in illos gladii sui jus & seueritatis exerceat, in quos statim stringi ferrum jura præcipiunt. Idem confirmat Capitolinus in Gordiano hoc testimonio. Gordiano proconsuli Africæ filius à senatu legatus datus est cum gladii potestate. Per eminentiam ergo gladii potestas summa pars est meri imperii, & significat omnem aliam grauiorum criminum coërcitionem, veluti damnationem in metallum, deportationem, bonorum publicationem, aliasque atrociores animaduersiones. *l. si quid erit, 11. ff. de offic. proconsf. Pulchrè Cujac. lib. 21. obs. c. 30.*

Secundò aduersatur *l. aut damnum. §. 1. ff. de pœn.* vbi dicitur, cum aliquis damnatur, vt gladio in eum animaduertatur, gladio tantum in eum animaduerti oportet, non verò securi, fuste, aut laqueo. ergo gladii potestas non accipitur generaliter pro omni atrociori animaduersione, seu qualibet vitæ ademptione. Resp. Hoc fit ideo, quia judex ibi sententiâ complexus est pœnam gladii; sententia autem certa esse debet. *§. curare. Inst. de actio.*

Tertiò aduersatur, quod multa alia sunt merii imperii, quæ tamen hac definitione seu gladii potestate non continentur, vti sunt leges condere, creare tabelliones, & spurios legitimare. Resp. Hæc non pertinent ad merum imperium, quod magistratibus majoribus concessum est, sed ad regalia & iura principis; quæ principi sunt reseruata, in signum supremæ potestatis seu præeminenciæ. Sic leges condere non est meri imperii, sed principalis auctoritatis lege Regia principi concessæ, in signum præeminentiæ *l. 1. ff. de Constit. princip.* cujus hodie solius est jura condere. *l. vltim. C. de leg.* Ita tradit Corasi. ad *l. 3. ff. de jurisdict. Fachin. lib. 9. controuers. c. 94.* Itaque potestas condendi Leges non pertinet ad merum imperium, sed potius ad regalia Principibus reseruata in signum supremæ potestatis pertinere dicitur. *l. vlt. C. de legib. l. 1. ff. de const. princ. c. 1. Quæ sint regal. in vsib. feud.*

Sed

Sed econtra videtur quod potestas condendi leges sit meri imperij. *per l. nulli. C. de sent. & interlo. omn. iud.* vbi dicitur, quod qui non potest statuere, non potest relegare. Ergo videtur, quod facultas condendi leges referenda sit ad merum imperium. Resp. Quod condere statuta possint & ij, qui non habent merum imperium. Nam & populi subditi alterius imperio possunt facere statuta, quæ in loco statuentium servari debent, propter generalitatem verborum in *l. omnes populi. ff. de iust. & iur.* vbi dicitur, quod quisque populus sibi ius constituere potest. Vide plene de hac quæstione, an Legem concedere sit meri imperij, differentem *Fachin. lib. 13. contro. c. 22.*

ASSERTIO VIII.

Non omnibus magistratibus omnes partes meri imperij tributæ sunt.

NON omnes partes meri imperij princeps dedit magistratibus, sed certas quasdam partes concessit, quasdam sibi reseruauit. Probatur hæc decisio in *l. aut damnum 8. §. 1. ff. de pœn.* ubi inquit Vlpianus, sed animaduerti gladio, oportet non securi, fuste, aut telo, vel alio modo: proinde nec liberam mortis facultatem ius concedendi præsides habent. Diui tamen fratres rescripserunt, permittentes liberam mortis facultatem. Idem confirmat §. præfecto, eiusdem legis. Præfecto plane competere ius damnandi in metallum ex epistola Diui Severi exprimitur. Deinde id comprobat *l. inter pœnas 6. §. 1. ff. de interd. & releg. & l. 1. §. 2. de leg. 3.* vbi dicitur, jus deportandi in insulam non esse datum Præsidibus prouinciarum, datum esse præfecto vrbi. Idem traditur *in l. 2. in princ. ff. de pœn* Sic & *in l. unic. C. ne sine jus. princ. cert. jud. lic. confis.* asseritur, non omnibus iudicibus datum esse jus confiscandi. Denique hæc sententia ex eo confirmatur, quod olim jure Romano, singulis criminibus certæ pœnæ præfinitæ erant, nec poterat judex hanc pœnam legitimam sententia sua augere vel minuere *l. 4. C. de locato.* Vnde non poterat iudex efficere, quo minus damnatum furti vel iniuriarum, legitima pœna sequeretur, vel infamia. *l. non pot. rit. 63. ff. de furt. l. D. Severus 40. ff. de inj. r.* Ideoque nec appellare licebat in criminalibus causis à sententiis magistratuum, nisi majorem vel minorem legitima pœnam judex irrogasset. *l si qua pœna 244. de V. S.*

Sed obstat quod merum imperium definiatur potestas gladij, & quælibet potestas atrocius animadvertendi vel pœnas irrogandi in facinorosos homines, *l. si quid erit ff. de offic. proconf. l. nemo potest ff. de R. I.* Cum ergo

 præsides

præsides prouinciarum habeant merum imperium *l. illicitas* § *qui vniversas ff. de offic. præs.* consequens est eos habere omnes partes meri imperii, & proinde jus deportandi: quod tamen negatur in *l. 6. de interd. & releg l. 1. §. 2. ff. de leg. 3.* Resp. Satis est, quod præsides prouinciarum certas partes meri imperii habuerint, puta jus gladii, & damnandi in metallum, verum ius deportandi in insulam non habuerunt, quia hæc potestas legibus illis non est delata. Atqui merum imperium lege S. C.to, vel constitutionibus principum specialiter defertur. Ergo nihil amplius ex hoc summo & mero imperio præsidibus prouinciarum licuit decernere, quam legibus specialiter & nominatim illis datum est, *l. 1. §. 1. ff. de offic. ejus cui. mand.*

Secundò aduersatur regula juris, cui quod plus est, licet, non debet ei quod minus est non licere. *d. l. non debet 21. ff. de reg. jur.* Resp. Illa regula in mero imperio officium suum perdit, siquidem præses prouinciæ, habet jus gladij. *d. l. illicitas. §. qui vniversas.* non tamen habet jus deportandi in insulam. Ita perspicuè & eleganter tradunt *Cuiac. lib. obs. 15. c. 39. & lib. 21. c. 31. Vincent. Cabottus lib. 2. disp. jur. c. 5.* Vel potest & hoc modo responderi, quod ideò deportare non potuerunt in insulam præsides prouinciarum, quod hoc jus deportandi in insulam induceret latiorem extensionem jurisdictionis, cum per deportationem effectum suæ sententiæ exequi volebant in insulis, in quibus nullum imperium vel potestatem exercebant.

ASSERTIO IX.

Merum imperium præscribi potest.

ARDVA & grauis est quæstio, an possit merum imperium præscriptione acquiri. De qua quæstione tradit Bartolus *in l. 3. ff. de jurisdict.* se non cogitare posse quid dicendum sit. Sed verior est sententia merum imperium præscribi posse, quæ euidenter probatur *per l. viros C. de divers. offic. lib. 12.* vbi statuitur jurisdictionem in genere ex longi temporis consuetudine seu præscriptione acquiri. Iurisdictio autem in genere accepta comprehendit etiam sub se merum imperium. *l. 1. ff. de off. ejus cui &c.*

Secundò confirmat hanc sententiam *c. auditis. extra de præscrip.* vbi constituitur iura omnia quæ spectant ad Episcopum spacio 40. annorum ab Abbate præscribi posse. Tertiò adjuuat hanc opinionem *l. si cohortali. C. de cohortal. & princip. lib. 12.* vbi traditur apparitorem cohortalem si adspirauerit ad ullam dignitatem, in propriam conditionem retrahi debere,

ita vt

ita vt si vllam dignitatem affectare ausus sit; nulla præscriptione nisi 30. annorum muniatur. Ergo cum is qui affectat merum imperium, adspiret ad dignitatem, procul dubiò illud 30. annorum spacio præscribere poterit. Denique hanc decisione comprobat *l. omnes C. de præscript. 30.* annorum. vbi sancitur omne jus publicum vel privatum 40. annorum præscriptione acquiri.

. Hinc sententiæ primò aduersatur *l. 3. in fin. ff. ad l. Iul. majest.* vbi tradit Martianus priuatos homines, si pro magistratu vel potestate se gesserint, lege Iulia maiestatis teneri. Vnde colligitur merum imperium præscribi non posse, ne ex delicto præscriptionis ius acquiratur. *contra l. meminerint. C. vnde vi. l. sive hæreditaria 22. ff. de neg. gest.* Resp. Hoc argumentum procedit in personis priuatis, quæ cum ad exercendum merum imperium sint in habiles, delictum committere dicuntur: secus autem si personæ sint habiles & idoneæ ad exercendum merum imperium, vt sunt duces, Comites, Marchiones, Barones &c.

Secundò in contrarium adfertur hoc argumentum. Quæ in alium non transferuntur, nullo vnquam tempore præscribuntur, ex regula. *c. dudum extra de decim. & l. 2. C. de vsucap. pro empt.* Sed merum imperium in alium transferri non potest *l. 1. §. qui mandatam. ff. de off. ejus cui &c.* Ergo præscriptione videtur non posse acquiri. Resp. Merum imperium potest transferri à Principe, non vero ab iis, quibus specialiter à principe concessum est, nec enim mandata jurisdictione transfertur. Deinde nihil ad rem facit *d. l. 2.* quia hoc tantum ibi dicitur, quod ea quæ testator vendi prohibuit, si vendantur, non possint vsucapi. Nam quia vsucapio requirit titulum, nullus est titulus venditionis, si res à testatore prohibita est vendi.

. Denique aduersatur *l. comperit. C. de præscript. 30. an.* vbi statuit Imp. quod ea quæ in signum supremæ potestatis vel principatus competunt, nullam cujuscunque temporis præscriptionem admittere. Ergo idem statuendum est in mero imperio, quia hoc in signum vniuersalis dominii in principe residere videtur. Huic objectioni respondendum sub hac distinctione. Aut quis ita præscribere intendit merum imperium, vt principem tanquam verum dominum non recognoscat, & eius imperium diminuat; & hoc fieri nullo modo potest. Hinc notat Baldus *in c. non liceat. ex. de præscript.* Regem Franciæ, Angliæ & Hispaniæ non posse ita de jure libertatem vsurpare, vt Imperatori obedire non teneantur, sed illum veluti totius mundi dominum recognoscere, debent. Aut verò quis vult exercitium & vtilitatem meri imperii præscribere, & statuendum est cum illud sine vlla dubitatione posse, dummodo habilis & idonea sit persona. Quo casu sufficit tempus 10. annorum sciente principe, eo verò ignorante requiritur

requiritur tempus, cujus initii non extat memoria. Ita communi D. D. opinione receptum esse refert *Muscorn. in tract. de jurisd. num. 125*. Denique notandum est privatas personas non esse habiles ad præscribendum merum imperium, eaque sententia est *l. 1. C. de curios. & stationar. lib. 12.* vbi traditur stationarios, qui sunt apparitores Præsidum ad denunciãda crimina, & homines privati, non posse habere carcerem, neque aliquem tradere in custodiam, sub pœna capitis. Postremò opponitur *l. vlt. C. de fund. & salt. rei domm. lib. 11.* vbi dicitur, quod loca, quæ ad sacrum dominium pertinent, nulla diuturna possessione præscribi possint. Resp. Illa lex loquitur de præscriptione longi temporis, quæ decem annis completur. At verò non negatur, quin longissimo tempore hoc est xxx annis, vel immemoriali tempore præscribi possint loca ad sacrum Principis dominium pertinentia. Et hæc obtinent jure ciuili. Iure autem Canonico merum imperium etiam existente scientia domini, spacio 40. annorum præscribi poterit. *d. c. auditu, & cap. de quarta. ex de præscript. Muscor. d. lo. nu. 130.* Vide latius de hac quæstione disserentem *Fach. lib. 8 contro. c. 23.*

ASSERTIO X.

Privati non possunt alicui tribuere iurisdictionem.

CAVTVM est jure ciuili, quod privatorum consensu non possit alicui jurisdictio aut judicandi potestas tribui, nec judex possit fieri is, qui judex non est. tex. in *l. 3. C. de jurisd.* Ratio est, quia jurisdictio est potestas publica, atque adeo publica, non priuata autoritate constituenda, & absurdum esset vnum atque alterum hominem priuatum facere, quod est concessum toti populo.

Huic assertioni opponitur *l. 2. C. de jurisd.* vbi traditur, si judex incompetens ex vtriusque partis consensu sit aditus, acquiescendum esse rei judicatæ. In illa lege, procurator fisci, (qui incompetens est iudex in lite privatorum, vt pote qui tantum inter fiscum & priuatos habet jurisdictionem, *toto tit. C. vbi caus. fisca.*) sententiam dixit inter priuatos, ibique statuitur sententiam ejus jure subsistere. Resp. Ibi procurator fisci inter certas personas habuit jurisdictionem, & judicandi potestatem, & litigatores incongruum eum esse scientes, volentes se incompetentis judicis jurisdictioni subjecerunt. Iudex namq; incompetens fieri potest competens consensu litigatorum, si scientes illum esse incompetentem subjiciunt se ejus jurisdictioni *l. 1. & 2. ff. de iudic.* Solus ergo consensus priuatorum litigantium non tribuit jurisdictionem ei, qui est omninò priuatus, sed ejus judicis, qui aliàs certæ jurisdictioni præest inter

inter certas personas, & in certis causis, jurisdictionem prorogat, & extendit ad alias personas vel causas. Vnde rectè & apertè dicitur in *l. 3. C. de jurisdict.* priuatorum consensum non tribuere ei jurisdictionem, qui nulli judicio præest. Summa est, priuatorum consensu non tribuitur, sed tantummodò prorogatur jurisdictio. Iurisdictio namque tribuitur vel à principe, vel à lege, vel præscriptione acquiritur, *l. 1. ff. ad l. Iul. amb l. more 5. ff. de jurisdict. l. viros C. de diuers. off. lib. 12.* Priuati nullam jurisdictionem habenti non adjicere possunt, sed alias in eum, qui jurisdictionem ex lege habet, consentire, eique se subjicere possunt.

Secundò aduersatur huic decisioni, quod magistri collegiorum & primores opificum habent jurisdictionem de negotiis ad illud collegium seu artificium vel mercaturam pertinentibus, & tamen illi plerunque sunt homines priuati, nec magistratu aliquo funguntur. *l. vlt. C. de jurisd.* Resp. Collegia opificum habent quidem judices peculiares de negotiis ad illa artificia pertinentibus, vel eorum occasione contractis, sed tamen illa jurisdictio non est illis priuatorum consensu, videlicet à Collegiatis tributa, sed potius ex Senatus auctoritate, vel Principum concessione hanc jurisdictionem obtinuerunt. Non enim omnibus promiscuè data est facultas habendi hujusmodi collegia, sed illis tantum permittitur instituere collegia, quibus hoc à SCto. vel Principis indulto concessum est. *l. 3. ff. de colleg. & corp l. collegium. 8. C. de hæred. inst.* Collegio autem principis priuilegio vel Senatus auctoritate constituto, potestas simul collegiatis data censetur, eligendi judices, qui jurisdictionem de causis ad collegium pertinentibus exerceant.

Postremò opponitur, quod priuati possint compromittere in priuatum aliquem arbitrum, vt priuatorum lites dirimat, qui tamen nec jurisdictionem habet, nec judicio alicui præest. Resp. Compromissa sunt quidem ad similitudinem judiciorum redacta, sed tamen ipsa non sunt judicia. *l. 1. ff. de arbit.* Nam quod arbiter compromissarius pronunciauit, non est sententia, sed arbitrium, ex quo nec actio nec exceptio oriebatur ante constitutionem Iustiniani. *l. 2. ff. de arbitr. l. 1. & l. cum antea C. eodem.* Atque hæc ipsa est ratio, cur hæc in arbitrio ita se habeant, quia scilicet priuati judicem facere non possunt eum, qui nulli judicio præest, quo negato, omnia negantur, quæ sunt judicio vel jurisdictioni consequentia.

ASSERTIO XI.

Magistratus municipales non habent mixtum imperium, sed simplicem iurisdictionem tantum.

COMPROBANT hanc decisionem *l. ea qua. ff. ad municip.* vbi traditur, ea quæ magis imperii sunt, quam jurisdictionis, hoc est quæ mixti sunt imperii, non jurisdictionis simplicis, magistratus municipalis facere non potest. Quod latius explicant subjecta exempla. Vnde magistratus municipales non possunt in integrum restituere, aut bona seruandæ rei causa jubere possidere, quæ sunt mixti imperii. *L. iubere 4. ff. de jurisd.* Ad confirmationem hujus sententiæ facit, quod magistratus municipales inter minores magistratus numerantur, qui de modicis & paruis summis tantum jus dicebant, & sine imperio ac potestate constituti erant. *l. nec magistratus 32. ff. de injuriis. l. inter 28. ff. ad. municip.*

In contrarium adferuntur hæc argumenta, quibus comprobari videtur etiam magistratus municipales habuisse mixtum imperium. Primùm ita argumentantur. Mixtum imperium nihil aliud est, quam modica coërcitio, cui inest jurisdictio seu quæ jurisdictioni cohæret, & quæ ad exercendam & expediendam jurisdictionem pertinet. *l. 1. §. vlt. & l. vlt ff. de off. ejus cui. &c.* Atqui hæc modica coërcitio competit magistratibus municipalibus, per regulam *l. 2. ff. de jurisdict. & l. magistratibus 12. ff. de jurisdict.* Resp. Ius ciuile magistratus municipales vsque adeò depressos & abjectos habuit, vt mixtum imperium eis minimè concesserit. Vnde & mulctæ dicendæ jus non competiit magistratibus municipalibus *l. vnic. in princ. ff. si quis jus dic. non obtemp.* Attamen aliquam modicam coërcitionem pertinentem ad mixtum imperium habuerunt magistratus municipales, ne vana & illusoria illorum redderetur jurisdictio. Hinc ne eorum sententiæ inutiles & frustra latæ dicerentur, permissum eis fuit ex lege, contra eum, qui soluere judicatumque facere recusabat, mixto vti imperio, & seruos ejus pecudesque pignori capere *l. quemadmodum 29. §. magistratus. ff. ad l. Aquil.*

Secundò videtur etiam magistratibus municipalibus mixtum imperium concessum, vt facilius jurisdictionem suam exercerent, quia principaliter eis modica coërcitio à lege conceditur *l. magistratibus. 12. ff. de jurisd.* Resp. Iure Digestorum magistratus municipales modicam coërcitionem non habuerunt in liberos, sed in seruos duntaxat. Quæ modica coërcitio in seruos minor censeri debet, quam mixtum imperium in liberos. Quod vel ex eo satis patet, quod hæc in seruos castigatio priuatis etiam, puta dominis in seruos,

item

item magistris & præceptoribus in discipulos competat. *l. vnic. C. de emend. seruo, l. sed & si 5. §. fin. ff. ad l. Aquil. §. sed & maior. Instit. de his qui sui vel alien. iu.* Ita respondet. *Longoual. in tracta. de jurisd. in 3. parte, in 4. articulo.* Magistratus itaque municipales modicam animaduersionem eamque in seruos tantum habuerunt, vt scribit Vlpianus in *d. l. magistratibus.* Huc pertinet, quod Iudæi Pontio Pilato, Iudææ præsidi responderunt, qui Christum leniter ab illis castigari cupiebat, capitale crimen admisisse ex Lege Mosis, sibique non licere mortem cuiquam irrogare. *Ioan. cap. 18.*

Tertiò videtur aduersari *l. 1. & 4. ff. de damno. infect.* vbi magistratibus municipalibus permittitur iubere cauere ex causa damni infecti, & propter contumaciam non cauentis in possessionem mittere, quæ tamen sunt mixti imperii *l. 4. ff. de jurisdict.* Resp. Ea solum magistratibus municipalibus leges permiserunt, cæteras verò coërcitiones prætoris jurisdictioni reseruarunt, ideoque ea magistratibus municipalibus rectè deleganda putarunt. Habuerunt ergò ea ex prætoris concessione, specialiter ob causæ fauorem illis tributa, quia res damni infecti celeritatem desiderat. *d. l. 1. ff. de dam. infect.*

Denique videtur obstare *§. cognoscent. No. de defens. ciuit.* vbi traditur defensores plebis cognoscere debere de leuioribus criminibus. Resp. Illa Nouella non debet extendi ad magistratus municipales cognitos à jure Digestorum, quia eo tempore defensores plebis nondum cognoscebantur. Postremò adhuc ex eadem Nouella 15. instatur, vbi dicitur, defensores ciuitatum, qui sunt species magistratuum municipalium, non posse acta conficere, de his quæ jurisdictionem desiderant. Resp. Illud quid sit, statim Nouella declarat, vt intelligatur de causis, quæ magnitudine forensi dignæ sint, scilicet quod bonorum possessionem non dabunt, non restituent in integrum, in possessionem non mittent, hæc enim omnia requirunt maius imperium. *Cuiat. ad d. No. 15.*

ASSERTIO XII.

Priuatus merum imperium non habuit, sicut nec præses prouinciæ ius deportandi.

PRIMA pars hujus assertionis confirmatur ex *l. 3. ff. de off. præs. l. 1. & vlt. ff. de off. proconf.* in quibus legibus expressè traditur, quod præsides prouinciæ & proconsules tantum in iis prouinciis, quæ illorum gubernationi & potestati commissæ erant, exercebant merum imperium. Idque

tunc demum, cum in eâ prouinciâ versabantur. Cæterum si eam prouinciam egressi erant, statim deponebant imperium,& pro priuatis habebantur. Vnde liquidò constat priuatis hominibus, qui nullum magistratum gerebant, seu qui sine imperio ac potestate erant, non competiisse merum imperium.

Sed contrariam sententiam, priuato scilicet olim competiisse merum imperium, si id specialiter lex ei dederat; defendunt *Cujac. lib. obseru. 21. c. 30. & Petr. Faber ad l. nemo 70. de R. I.* Quam suam novam opinionem confirmant adducta *l. 1. ff. Ad l. Corn. de sica.* vbi à ICto illa duo magistratus & judex publici judicii, tanquam diuersa ponuntur. Vnde colligunt, quod possit aliquis præesse publico judicio, & ita merum imperium habere, qui tamen priuatus sit & nullo magistratu fungatur, cui videlicet ex lege quæstio publica obuenerit. Quo sensu etiam accipit *Cujac.* illa verba in *l. 1. ff. de off. eius cui &c.* is cui obtigerit exercitio legis Iuliæ de vi, id est, is prætor, judexve quæstionis, cui sorte obuenerit quæstio de vi publica vel priuatâ. Sed respondeo, quod illæ leges loquantur de judicibus quæstionum capitalium, qui cognitionem tantum habuerunt causarum criminalium, non verò exequendi judicati potestatem. At verò illam cognitionem longè diuersam fuisse à mero imperio, vel inde patet, quod illa cognitio criminum capitalium mandari potest *l. solent. 6. ff. de off. procons.* at ipsum merum imperium non delegatur. *l. 1. ff. de off. eius cui &c. l. nemo 70. ff. de R. I.*

Secundò objicitur *l. aliud est fraus 131. in fi. de V. S.* vbi dicitur magistratus solos posse mulctam dicere, pœnam autem irrogare possunt, quibus huius criminis executio competit, id est, vt interpretatur *Cujac. lib. Obs. 15. c. 39.* cui obuenerit sorte, etiam priuato. Resp. Sensus huius legis est, quod mulctæ dictio competit jure magistratus, non verò criminis executio, vel pœnæ irrogatio: & magistratus ob id quod imperium jurisdictioni mixtum habent, possunt mulctam dicere: Ideò autem additur dictio solos, vt intelligamus mulctæ dictionem non competere judicibus delegatis. Pœnam autem irrogant magistratus, non quod in magistratu sunt, sed quod huius criminis executio specialiter & nominatim eis permissa est.

Secunda assertionis pars, quod nimirum præsides prouinciæ non habuerunt jus deportandi in insulam, variis juris textibus comprobatur. Ita enim diserte statuitur in *l. 2. § 1. ff. de pœn. l. inter pœnas 6. § 1. ff. de interd. & releg. l. 1. § 3. de leg. 3* quibus legibus vnanimiter traditur, præsidibus prouinciæ jus deportandi in insulam non esse datum, & si præses aliquem deportandum in insulam sententia comprehenderit, hæc effectum non habet, nisi princeps sententiam comprobauerit *d. l. inter pœnas § 1. ff. de interdict. & releg.*

Sed

Sed contra hanc decisionem tale adfertur argumentum. Cui licet quod plus est, ei vtique debet licere quod minus est. *l. non debet 21. de R. I.* Atqui præses prouinciæ habuit jus gladii, & damnandi in metallum *l. 6. §. qui vniuersas ff. de off. præs.* Ergo etiam jus deportandi illi meritò tribui debet, quia majus est alicui adimere vitam pœna gladii, & libertatem damnatione in metallum eripere, quam solam ciuitatem auferre deportatione. Similiter nec præsidibus prouinciæ potestas fuit, confiscandi aut adimendi bona, cum tamen vitam adimere potuerint, *l. vnica C. Ne sine juss. princ. cert. judic. liceat confis.* Resp. In his quæ meri sunt imperii, hæc regula à majori ad minus non admittitur, quia ea tantum ex mero imperio sibi quis assumere potest, quæ lege, SCto, vel constitutione Principum specialiter ei data sunt *l. 1. §. qui mandatam. ff. de off. ejus cui mand.* præsidi prouinciæ datum est jûs gladii, jus damnandi in metallum, jus relegandi. *l. relegatorum §. 1. ff. de interd. & releg.* jus confiscandi vel deportandi nulla lege datum est. *d. l. inter pœnas §. 1.* Ita eleganter & subtiliter tradunt *Cujac. ad l. 6. §. ejus qui. ff. de injust. rupt. irr. Petr. Faber ad L. nemo potest 70. num. 10. ff. de R. I.*

ASSERTIO XIII.

Hæc verba, profiteor te non teneri, pactum reale inducunt.

CONFIRMATVR hæc decisio apertò textu in *l. tale pactum 40. ff. de pact.* vbi I. C. expressè ait, hæc verba, profiteor te non teneri, efficere pactum in rem, adeò vt nec à te nec ab hærede tuo peti possit, & neque ego, neque hæres meus petere possimus. Sed contra hanc decisionem duo opponi possunt. Primò non videtur esse pactum, quia verba proposita non sunt disponentia, sed enunciantia, talia autem verba non inducunt dispositionem. *l. Publia 26. §. vlt. ff. depos.* Resp. Satis ex his verbis colligi pactum de non petendo, nam pacta fiunt nudo consensu, nec requirunt certa verba, imò etiam sine verbis consistunt, vt fit in tacitis pactis *l. 2. 3. & 4. ff. de pact.* Non obstat *d. l. Publia §. vlt.* quia ibi agitur de obligatione constituenda, & quidem de obligatione depositi, quæ re contrahitur. Proinde confessio alicujus non potest talem obligationem inducere, sed tantum probare: alioqui depositum fieret verbis, seu nudo consensu, hic autem loquimur de obligatione dissolvenda, quod longè facilius admittitur *l. Arrianus. ff. de obligat. & act.* & quidem dissoluenda per pactum, quod longè facilius fit.

Secundò opponi potest, quod dictum pactum sit personale, propter verba

illa, profiteor te non teneri: Sed resp. Personas nominari, non ut fiat pactum personale, sed vt appareat inter quos pactum factum sit. *l.7.§.pactorum. ff. de pact.* Cæterum esse pactum generale & in rem, ex ipsis pacti verbis colligitur, id est, ex verbis, non teneri: nam si tu non teneris, nec hæredem tuum relinques obligatum. Hoc igitur verbum majorem vim habet, quam si pactus essem de non petendo, quia possim non petere à te, & tamen petere ab hærede tuo, non potest autem hæres tuus mihi teneri nomine hæreditario, nisi & tu tenearis. Vide *Cuja.lib. obs.18.c.2.* vbi plane hanc assertionem & plenè confirmat & approbat. Concordat huic explicationi ***Anton. Fab. ad d. l. tale pactum. ff. de pact. in rationalib.***

ASSERTIO XIV.

Dux belli inconsulto Principe inire non potest pacem cum hostibus.

ANCEPS & dubia quæstio mouetur à DD. an Dux belli seu exercitus potestatem habeat pacem cum hostibus ineundi. Quod de eo quæritur, qui alterius ductu & auspiciis bellum gerit. Nam de Rege & Principe, qui pacis ineundæ & belli indicendi arbitrium habet, nulla potest esse dubitatio. Et verior est Bartoli, cæterorumque antiquorum DD. sententia, Duci exercitus illam facultatem non competere. Quæ opinio confirmatur per *l. mandato generali 60. ff. de proc.* vbi statuitur, quod mandato generali non contineatur potestas transigendi.

Hanc decisionem impugnat *Duar. ad tit. de pact.* qui ita distinguit. Aut ducendi tantum & regendi exercitus cura illi demandata est, aut plena & libera rerum omnium potestas ei concessa est: priore casu non potest inire pacem cum hostibus: posteriore verò potest. Idque confirmat *l. procurator cui 59. ff. de proc.* vbi statuitur quod procurator constitutus cum liberâ potestate, potest transigere de rebus domini. Vnde & Principis vicarij, qui ab eo duces exercitus creati sunt, quia habent mandatum cum libera potestate, possunt cum hoste de pace injussu Regis seu Principis pacisci. Sed hæc distinctio non videtur admittenda, quia cum jure imperij soli principi aut Reipub. hæc nominatim competant, non transferri debent ad alios, nisi specialiter illis sint concessa. Regulare enim est, ea quæ requirunt speciale mandatum, non transire ad alios, quamuis plena libera que rerum potestas sit eis demandata. *cap. qui ad agendum. de procurat. in 6.* Nam & in generali oratione non veniunt ea, quæ quis verisimiliter non esset concessurus. *l. obligatione generali. ff. de pignor.* Quamobrem oportet, vt dux belli pacem cum

cum hostibus inire possit, vt hoc nominatim ei sit permissum. Quam etiam decisionem eleganti sententiâ confirmat *Polybius lib. 1. historiarum*, dum inquit, Non potest dux quispiam in exercitu ipso, exercitus imperatore inscio vel repugnante, polliceri hosti obsesso vel dedenti sese, incolumitatem & salutem. Item *libro sexto*. De bello & pace cum hostibus paciscendi jus, legatis exteris respondendi auctoritas, penes concilium ordinum, non autem penes vnum Regem vel Consulem esto. Eandem assertionem confirmat *Herodot. lib. 6. historiæ*, dum inquit. Qui dux inferior atque magistratus absque superioris Principis aut Reipublicæ consensu aliquid hostibus vel sociis spopondit, aut damnum intulit, pro noxâ iisdem est dedendus. Vide *Vincent. Cabotium lib. 2. disputat. c. 15.* vbi latius hanc quæstionem examinat.

ASSERTIO XV.

Qui pacto recipit in se casum fortuitum, tenetur etiam de casibus fortuitis insolitis.

QVOTIES in aliquo contractu, puta locationis, commodati, depositi, vel alio debitor in se suscipit periculum casus fortuiti, censetur etiam se obligasse ad casus insolitos & inconsuetos. Hæc sententia probatur ex *l. si quis domum 9. §. Iulianus. ff. locati.* vbi dicitur, standum esse pacto, si quis locauit fundum ea lege, vt etiam si quid vi majori accidisset, præstaretur ei merces. Vis autem major intelligitur omne periculum casus fortuiti, cui humano consilio resisti non potest, *l. ex conducto. §. si quis tempestatis. ff. locat.* Vnde saltem in genere de omni casu fortuito, siue solito, siue insolito, ea pactione actum videtur. Nec dicitur casus fortuitus, nisi raro contingat, attestante *Baldo in l. sed & si quis §. quæsitum ff. si quis cautio.* Eadem sententia confirmatur per *l. 1. C. commod.* vbi pactum valet, quo in genere commodatarius omne periculum vis majoris, & casus fortuiti in se recepit, veluti si res commodata vi latronum, aut hostium incursu intercepta sit.

Opponitur *l. fistulas 78. §. frumenta ff. de contr. empt.* vbi dicitur, quod si venditor pacto se adstrinxit, se præstiturum, si quid vi aut tempestate factum esset, quod vsitatam tempestatem tantum præstare teneatur. Vnde de casu fortuito solito & vsitato tantum tenetur, qui pacto in se recipit casum fortuitum. Resp. Sensus hujus legis hic est. Venditor qui vendiderat frumenta in herbis seu campis existentia, promiserat se emptori præstiturum id, quod vis ac mala tempestas damni intulisset, postea niues frumenta corruperunt.

perunt. Resp. IC. si immoderatæ niues & contra consuetudinem sæuientes damnum attulerunt, venditorem teneri. At si ordinariæ & moderatæ niues fuerunt, quia plerunque tempore hyemis ningere solet, hoc damnum sustinebit emtor, quia non censetur venditor per pactum quo in se recepit periculum tempestatis, damnum emergens ex moderatâ ac solita tempestate præstare voluisse. Itaque ex hoc §. hæc vera decisio colligitur, quod obligans se ad casus fortuitos, ad insolitos, & ratissimè contingentes casus se obligasse censetur. Hanc sententiam defendunt & approbant *Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vendit. 1a. par c. 3. num. 29. Fachin. lib. 1. contro. c. 16.* Dissentiunt *Bart. & Gothofr. ad d. l. fistulas §. frumenta.*

ASSERTIO XVI.

Conuentiones inter conjuges de reciproca successione valent.

REGVLARITER pacta de futurâ successione viuentis interposita, jure ciuili reprobantur & nullius sunt momenti. *l. 4. Cod. de inutil. stip.* Cujus juris hæc est ratio, quia hujusmodi pacta plena sunt tristissimi & periculosi euentus, & contra bonos mores inita censentur. Inducunt enim votum captandæ mortis, & occasionem præbent peccandi, propter insidias, quas struere possunt paciscentes viuenti, cujus hæreditas in pactum deducitur *l. vlt. C. de pact. l. stipulatio hoc modo 61. ff. de V. O.* Attamen si reciprocè inter conjuges hujusmodi pacta interponantur, quod superstes in prædefuncti conjugis bona in totum vel pro parte succedat, hæc conventio legibus scriptis non improbatur, & passim vsu forensi moribusque recepta est & approbata. Eaque sententia maximè confirmatur per *l. quod autem 7. §. si vir. & vxor. ff. de donat. int. vir. & vx.* vbi statuitur, quod licet donatio inter conjuges sit prohibita, tamen vicissitudinaria & reciproca donatio inter eos permittitur, quia hæc conuentio non tam sapit naturam donationis, quam permutationis. Similiter videtur illud pactum de reciproca successione inter conjuges juri esse consentaneum, quia in hoc pacto tollitur ista sinistra suspicio desiderandi seu captandi mortem alterius, cum non minus quis propriam suam hæreditatem alteri relinquat, quam vt alterius hæreditatem sibi deferri expectet. Hanc opinionem quod pacta vicissitudinaria de succedendo inter conjuges valeant, adeo vt ne quidem ob ingratitudinem reuocari possint, amplectuntur *Gail. lib. 2. obs. c. 126. Mins. Cent. 2. obs. 33.* vbi notat in Camerâ imperii hanc sententiam judicando firmatam, & notissima Germaniæ consuetudine observari.

Sed

Sed huic decisioni opponitur *l. licet.19. C. de pact.* vbi statuitur hanc conuentionem de mutua successione valere inter milites tantum, ex speciali fauore, quod scilicet milites de bonis suis, in vim postremi judicii, quomodo volunt, & quomodo possunt, disponere & testari possint. Ergo in paganis seu non militantibus contrarium, jus scilicet commune est seruandum, quod vetat pactis hæreditatem deferri *l. pactum 15. C. de pact. l.3. C. de collat.* Resp. Quæ causa mouit Impp. vt singulare hoc jus de pactis reciprocæ successionis in militibus admiserint, fauor scilicet militiæ, & vtilitas Reipub. eadem quoque ratio conjugibus adaptari potest. Nam non minor fauor militat pro conjugio, quam pro militiá: plurimumque interest hæc pacta reciproca de succedendo inter conjuges valere, vt hoc præmio & emolumento de lucrandis bonis dotalibus, facilius homines inuitarentur ad matrimonium contrahendum *arg. l.1. ff. solut. matr.* Præterea juuatur & stabilitur hæc consequentia etiam hac ratione, quia pacta de succedendo super dote & donatione propter nuptias, valida sunt inter conjuges *l. hereditas. C. de pact conuent. l. Diui C. de nat. lib. l. tale pactum §. vlt. ff. de pact.* Ergo etiam super cæteris bonis pactum de reciproca successione admittetur inter conjuges: plerunque enim fit, vt tam mulieres omnia sua bona marito in dotem adferant, quam è contrà mariti quoque omnia sua bona in donationem propter nuptias vxori adsignent. *arg. l. mulier bona 73. ff. de jur. dot.* Denique tam arctus & vehemens amor inter conjuges viget, vt nullo pacto hæc suspicio admittatur, quod propter præmaturam successionem, alter in alterius mortem inhiare, aut alterius fata accelerare velit. Dissentit *Fachin. lib. 5. controuers. iur. c. 86. & 87.* Vide *VVesemb. in parat. ad tit. de pact. dota.* vbi notat talia pacta de reciproca successione inter coniuges valere, si in ijs præsentia quinque testium interueniat. *l. vlt. infr. C. de codic. l. vlt. C. de dona. cau. mort.* Nam talia pacta de futura successione sapiunt naturam donationis causa mortis, & species sunt vltimarum voluntatum. *l. tale pactum. 40. §. vlt. ff. de pact.*

ASSERTIO XVII.

Conventio non valet, ne dolus præstetur in contractibus.

ADEO dolus in omni contractu præstandus est, vt cum aliæ pactiones de re priuatá ratæ sint, hæc conuentio tamen non seruanda sit, ne in deposito quidem, si conuenerit, ne dolus malus præstetur, tanquam quę sit contra bonam fidem, contraque bonos mores. *l. contractus. de R. I. l. 1. §. si conuenit ff. depos.* Ideò autem contra bonos mores est hæc conuentio, quia

impunitate doli propositâ inuitat ad delinquendum, vbi conueniebat reum metu pœnæ potius à maleficio deterreri. *l. illud. 5. ff. de pact. dota. l. si vnus 27. §. pacta ff. de pact.*

Sed aduersantur huic decisioni *l. jurisgentium 7. §. si paciscar ff. de pact. & l. 4. in fin C. de transact.* vbi admittitur pactum, ne dolus præstetur. Resp. Quod dictum est, pactionem non valere, qua conuenit ne dolus præstetur, intelligendum est de dolo futuro, de quo id agitur conuentione, ne præstetur, si fortè postea admissus sit. De præterito verò dolo vt & de furto transigere & pacisci permissum est. *d. §. si paciscar. l. si tibi. 17. §. quædam ff. de pact.* De præterito dolo quod pacto remitti possit, disertè scriptum est in *d. l. 4.* Non obstat autem in hoc casu superior ratio allata, cur de dolo futuro non liceat pacisci, nam hic remittimus actionem jam nobis quæsitam, nec propterea reum ad dolum admittendum inuitamus, cum jam admissus sit, nec de futuro dolo agatur. Sic & de falso pacisci & transigere licet, sed falso jam admisso, cum quæstione falsi motâ de eo transigitur *l. pen. C. de transf.*

Secundò prædictæ assertioni grauiter repugnat *l. si vnus 27. §. illud. ff. de pact.* vbi etiam admittitur pactio de futuro dolo non præstando. Nam ita Paulus I C. ait, non valere pactionem, ne dolus malus præstetur, quamuis si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa pactus videtur, ne de dolo agat, quod pactum proderit. Resp. Hæc pactio qua deponens paciscitur cum depositario, ne depositi cum eo agat, prodest quidem reo, sed non ad hoc prodest ei, vt non liceat actori de dolo agere, si eum dolo quid fecisse in deposito interuertendo probet. At in hoc prodest Reo, si dicat se rem depositam amisisse, quamuis illud non probet, tamen propter prædictam conuentionem ei fides habeatur, & allegata tantum amissione depositi absolui debeat, quod non interpositâ hac conuentione futurum non erat, quia alioqui amissionem allegatam probare tenebatur depositarius, aut condemnari debebat. *l. 4. C. de pig. act.* At vero si actor contendat rem depositam adhuc esse apud reum, aut dolo malo ejus esse amissam, & probationem ejus suscipiat, audiendus erit. Nec obstabit ei prædicta conuentio, quæ sine manifesta turpitudine non potuit Reo concedere, vt impunè in deposito actorem fraudaret. Pactum namque ne futurus dolus præstetur in deposito, inuitat reum ad delinquendum & liberè grassandum fraudandumque in deposito, quod turpe est & contra bonos mores, ac proinde non seruandum *l. si vnus. §. pacta. ff. de pact.* Ita eleganter tradit *Donel. lib. 16. com. c. 6. & ad l. 6. num. 10. C. de pact.*

ASSERTIO

ASSERTIO XVIII.

Si filia dote acceptâ renunciet hæreditati paternæ, eaque ante patrem mortua sit, non nocet hæc renunciatio nepotibus, quominus perueniant ad successionem Aui.

QVANDO filiæ validè & legitimè renunciant successioni paternæ, puta cum juramento & dote congruâ sibi constitutâ, si moriantur ante patrem, non nocet hæc renunciatio nepotibus, sed nepotes nihilominus ad hæreditatem aui proprio jure admittentur, si modo dotem acceptam conferant. Hæc sententia probatur primò *arg. l. si ex patronis 10. §. 1. in fin. ff. de bon. lib. & l. si quis filio. 6. in princ. ff. de injust. rupt. irr.* vbi traditur, quod si pater exhæredat filium suum, qui moritur ante testatorem, ista exhæredatio non nocet nepotibus ex illo filio, quia habetur pro non factâ. Ergo eodem modo non debet nocere renunciatio hæreditatis: quia validè sumitur argumentum ab exheredatione ad renunciationem. *Castrens. ad l. qui superstitis 94. ff. de acqu. hered.* Deinde hisce duabus rationibus hæc decisio confirmatur. Prima est, quia hæc successio debetur liberis prouisione legis seu edicti. Ideoque parentes eam suo judicio suâque dispositione tollere non possunt *arg. l. si adrogator 22. ff. de adopt. l. si quis filium 34. C. de inoff. test.* Altera ratio est, quia filia renunciando successioni futuræ, videtur renunciare sub ea conditione, si successio ad eam deuoluatur, quæ conditio impletur, quando filia moritur post patrem: sed quando moritur ante patrem, tunc conditio euanescit, quia nunquam fuit sibi delata hæreditas. Ergo ista renunciatio habetur pro non facta. Itaque nepotes nihilominus debent succedere, quia renunciatio nullum eis præbuit obstaculum. Sed si filia quæ renunciauit, obiit post patrem, tunc quia hæreditas fuit ei delata, ea renunciatio noceret, & obstaret nepotibus.

Opponitur primò hoc argumentum. Heredes tenentur contractum defuncti approbare, nec possunt contractum defuncti impugnare, quando defunctus pro se & hæredibus suis pactus est *l. cum à matre. C. de R. V. l. ex qua persona ff. de R. I.* Ergo & filii non possunt rescindere renunciationem matris, quando mater promisit nec per se, nec per heredes suos contrauenire, defunctus enim potest obligare hæredem suum. Resp. Mater censetur renunciatione sua & pacto obligare hæredes suos, quo ad illa, quæ habent vt hæredes matris. Sed filii non petunt illud quod ad matrem spectauit, jure hæreditario, nam non veniunt ex persona matris, sed ex proprio jure,

cui renunciatum non fuit, nec illud habent ut hæredes matris. Ergo non sunt hæredes seu filij obligati hoc pacto matris.

Secundò opponitur, quod filius non potest habere feudum ex pacto & prouidentia, & repudiare hæreditatem patris *c. 1. An agnat. vel fil. poss. retin. feud. lib. 2. feud. tit. 45.* & tamen illud feudum habet ex persona propria, ex prouidentia scilicet primi domini concedentis feudum, & dispositione legis. Sic etiam hoc casu, licet filij veniant ex persona propria, tamen ex quo sunt hæredes matris, debent approbare pactum matris. Resp. Renunciatio matris habetur pro non facta, propter non impletam conditionem. Renunciatio enim videtur facta sub conditione, si scilicet matri illud jus competierit, & hæreditas matri sit delata. Atqui hæreditas illa matri non fuit delata, vnde renunciatio tanquam deficiente conditione, habetur pro non facta.per *l. qui heredi 44. & l. Mænius 55. ff. de cond. & demonstrat.*

Tertium argumentum. Hæres & defunctus habentur pro vna & eadem persona. *No. 48. de jurejur. à moriente præst.* Ergo quod defunctus pepigit, & hæres censetur pactus. Resp. Hoc venit ex fictione juris, sed verè sunt diuersæ personæ. Et illa regula procedit in his, quæ habet immediatè hæres à defuncto, tanquam hæres. Sed hanc successionem, non habent filij tanquam hæredes matris, sed ex proprio jure. Ergo quoad eam non repræsentant matrem, nec possunt dici eadem persona cum matre. Postremò oppono hoc argumentum, quod mater accepta dote renuntians, consecuta vitur hereditatem, quia dos est loco hereditatis. Resp. Filia non censetur accipere dotem hereditatis loco, sed dote contenta, dicitur adhuc hereditati sibi debitæ renuntiare. Nam tenetur pater filiæ dotem dare, & nihilominus filia succedit patri dotem conferendo. *l. vlt. C. de promis. dot. l. illam. C. de collat.* Ipsa ergo filia non succedit, quia renuntiauit: filij verò eius, seu nepotes nihilominus succedunt auo, quia veniunt jure proprio. Hæc est communis DD. opinio, quod renunciatio filiæ facta in bonis paternis vel maternis, non præjudicet nepotibus, si filiæ vivo patre vel matre sint præmortuæ. Ita eleganter tradit *Maranta disput. 10. num. 13. Villalobos in com. opin. litera F. num. 151. Stephan. Ranchin. in annotat. ad Guid. Pap. quæst. 598.* Probatur & hæc opinio *Baldo in l. ult. C. de pact.* cujus contrarium defendit Romanus: sed prius verius. *Conar. ad c. quamuis pactum. de pact. 3. par. §. 2. num. 4.* Extant quoque pro hac opinione duo famosissima consilia *VVesenbecij conf. 11. num. 14. & conf. 71. num. 16. 17. 18. & seqq.* Approbat hanc etiam decisionem *Fachin. lib. 3. controu. jur. c. 23. 24. & 25. Minsinger. cent. 2. Obseru. 7. Boër. decis. 3. Laurent. Kirchou. in com. opin. concl. 100.* vbi dicit hanc opinionem esse communem. *Aymo Grauetta cons. 127. Thomas Grammat. decis. Neapol. 57.* Vide hanc quæstionem absolutissimè tractantem & validissimis

ſimis rationibus comprobantem, Nobiliſs. & Clariſs. IC. *And. Gail.* Cæſareæ Majeſtat. Conſ. & Referendarum, in ſuis obſeru.pract. *lib. 2. obſeru 147.* per totum.

ASSERTIO XIX.

Tranſactio de crimine falſi jure ciuili licita eſt.

SVPER crimine falſi, ſiue illud ciuiliter ſiue criminaliter intentatum ſit, tranſactio jure licita & permiſſa eſt; tex. ſunt aperti in *l. ipſe 7. C. ad Corn. de falſ. l. tranſigere 18. & l. penultim. C. de tranſact. l. 2. Cod. de his quib. ut ind.* vbi apertè traditur, tranſactione ſuper falſi crimine factâ, non licere tranſigenti de falſo iterum accuſationem inſtituere. Ita decidit *Cujac. lib. obſeru. 19. cap. pen. & lib. 6. c.* XI. Cui adſtipulantur *Gouean. lib. 1. Var. Lect. c. 30. & Fachin. lib. 1. controuer. jur. c. 9.* Diſſentit *Donel. ad l. tranſigere, num. 14. C. de tranſact. Imbertus in Enchiridio, juris Galliæ, in voce tranſigere.* Addens non licere Moribus Galliæ ſuper falſi crimine tranſigere. Idem tradit *Ioan. Pap. Arreſt. libr. 23. tit. 2. de compoſition. en delicts art. 4.*

Objicitur *l. Lucius penult. ff. ad S. C. Turp.* vbi generalis abolitio non trahitur ad crimen falſi, quemadmodum nec illæ remiſſiones, quas Principes faciunt ob lætitiam pacis initæ. Ideoque dicendum videtur, quod quamuis in aliis criminibus generaliter tranſactio permiſſa videtur, vel etiam generaliter tranſactum foret, non tamen hoc ad falſi crimen extendendum. Reſp. Neganda in hoc argumento à ſimili conſequentia; & diuerſitatis ratio eſt, quia alia eſt abolitionis generalis ratio, alia tranſactionis generalis. Illæ ad falſi crimen non extenduntur quia falſum ferè ſemper pertinet ad rem familiarem & priuatum commodum, ideoque abolitionem non conuenit eò extendi, non interueniente priuatæ partis offenſæ conſenſu. At in tranſactione generali pars offenſa conſentit, idèoque illa ad falſi quoque crimen extenditur.

Secundò objicitur, quod falſi crimen eſt capitale *l. 1. & 5. C. Ad l. Corn. de falſ.* Vnde à criminibus non capitalibus non rectè excipitur in *d. l. tranſigere 18. C. de tranſact.* in quibus vetita eſt tranſactio. Reſp. Falſi crimen non eſt capitale eo ſenſu, quo capitale accipitur in *d. l. 18.* nempe ex quo pœna mortis infligitur. Etenim pœna falſi eſt deportationis & publicationis bonorum *l. 1. §. pœna falſi ff. ad l. Cornel. de falſ.* nec mortis pœna locum habet in crimine falſi, niſi magnitudo rei id exigat. *l. vbi 22. Cod. eodem.*

Tertiò objicit *Anto. Faber. l. 1. §. accusationem, ff. ad SC. Turp.* vbi mulier quæ ad falsi accusationem non admittitur, quia suam vel suorum injuriam non prosequitur, & si desistat, non tamen punitur. Ergo si ad accusationem admitteretur, punienda esset, si desisteret. juxta *l. si fœmina Cod. eod.* Resp. Argumentum à contrario sensu non rectè sumitur, quia repugnat text. in *l. 4. ff. ad S.C. Turp.* vbi dicitur, mulierem quæ propriæ injuriæ causa falsi crimen denunciauit, desistentem, S.C^to Turp. non teneri. Ex quo argumentum aliud sumitur, transactionem de crimine falsi valere. Non obstat *d. l. si fœmina*, quia non loquitur de crimine falsi, sed in alio crimine, in quo fœmina suam vel suorum injuriam accusatione persequitur, & illicitè transigendo incidit in Turpilianum.

Quartò objicitur, *l. quæsitum, ff. ad S.C. Turpil.* vbi is qui minatus est falsi crimen se objecturum, & si postea non objiciat, non punitur. Ergo à contrario sensu, si postea objiciat, & desistat, est puniendus. Resp. licet *d. l.* quæsitum velit, vt is qui falsi crimen minatus est se objecturum, & non objecit, non puniatur S. C. Turpiliano, inde tamen non sequitur, istud quoque velle, vt qui illud objecerit, & postea transegerit, in illud. S.C. incidat, quia huic interpretationi & argumentationi leges omnes aduersantur, quæ de crimine falsi transigi posse affirmant. Vide *Anto. Fab. lib. 2. conjectur. jur. c. 20.* vbi intendit probare de crimine falsi transigere non licere, sed illius argumentis jam satis superque à me est responsum.

ASSERTIO XX.

Transactio post rem judicatam interposita non valet.

TRANSACTIO post rem judicatam inita nullius est momenti. *l. si causa cognita 32. C. de transact. l. eleganter. 23. §. si post. ff. de cond. indeb. l. & post rem 7.* sumto argumento à contrario sensu. *ff. de transact.* Ratio est quia transactio tantum fit de re dubia & litigiosa. *l. 1. ff. de transact.* Sed post rem judicatam lis esse nequit. *l. sub specie & toto tit. C. de re jud.* quia res judicata rem certam & liquidam facit, & finem imponit controuersiæ. *l. res judicata. ff. de R. I. l. 1. ff. de re jud.* Ergo cum res clara sit certa & liquida post rem judicatam, transactioni omninò non est locus.

Opponitur quod post rem judicatam valet pactum, veluti si quis paciscatur, ne judicati agat. *l. 7. pen. ff. de pact.* Item quod licet vnicuique juri suo renunciare *l. penult. C. de pact.* Solutio. De re judicata licet pacisci, non transigere, & qui judicio fuit superior, potest juri suo per pactum donandi causa renunciare, non tamen de eo transigere. *Paul. lib. 1. sent. tit. 1. in fin.*

in fin. Ratio est, quia transactio est de re dubia. *l. 1. ff. de transact.* Res autem judicata non est dubia, cum omnis controuersia per sententiam sit sublata. Pactum igitur donandi causa licet interponere post rem judicatam, quia pacta fiunt etiam de re certa, transactioni verò non est locus re semel judicata, quia transactio tantum fit de re ambigua *d. l. 1. ff. de transact.*

Secundò aduersatur *d. l. si causa cognita. vers. proinde C. de trans.* vbi inquiunt Impp. Si non Aquiliana stipulatione & acceptilatione subsecuta scilicet post rem judicatam, competentem tibi actionem judicati sustulisti, rebus judicatis præses effectum adhibebit. His verbis videntur Impp. sibi contradicere, quia primò dixerunt non valere transactionem post rem judicatam, nec ea perimi actionem judicati, deinde videntur apertè contrarium dicere, ita demum exequendam esse sententiam, si transactum non sit, nam per Aquilianam stipulationem etiam transigitur.

Resp. Propter hanc difficultatem tribus modis hic locus explicatur. Quidam distinguunt inter transactionem factam nudo pacto, & factam per Aquilianam stipulationem. Illa non tollit actionem judicati, hæc verò (inquiunt) tollit. Accurs. meritò rejicit hanc sententiam, quia priora verba legis generaliter loquuntur de transactione. Quod autem generi attribuitur, id verè tribuitur omnibus speciebus sub ea contentis. Adde quod eadem est ratio hoc casu omnium transactionum, quia scilicet omnis transactio est de re dubia: res autem judicata non est dubia. Donellus putat his verbis non proponi exceptionem, sed tantum rationem decîdendi, & accipit Si, pro quia: quod non est nouum, vt sensus sit, ideò sententiam esse exequendam, quia actio judicati per Aquilianam stipulationem non est sublata. Mihi verò maximè vera videtur interpretatio, quam Accurs. adfert, & probat vt dictis verbis contineatur exceptio. Hoc autem sic intelligi debet: Stipulatio Aquiliana interuenire potest vel transigendi, vel donandi causa. Si transigendi causa, non valet, si donandi causa, valet: secundum ea quæ suprà exposuimus. Aiunt ergo Imperatores, sententiam esse exequendam, nisi actio sublata sit per Aquilianam stipulationem, id est, nisi talis sit ea stipulatio, quæ sustulerat actionem judicati, quod perinde est, ac si dicatur, nisi donandi causa interuenerit ea stipulatio.

ASSERTIO

ASSERTIO XXI.

Pactum inter Advocatum & Clientulum de quotâ litis initum, jure non valet.

PACTVM quo conuenit inter dominum & procuratorem, vel inter aduocatum & clientem, vt procurator, seu aduocatus ejus litis, quam obtinebit, certam partem consequatur, non valet. *l. si contra 20. C. mandat. l. si remunerandi 6. §. vlt. & l. sequ. D. eodem. l. sumptus 53. D. de pact. l. litem 15. C. de procurat.* Similiter nec pactum valet de re certa vel particulari, super qua litigabatur, in euentum victoriæ danda, licet non ad quotam litis hoc pactum referatur: quia vtrobique eadem militat ratio: pariter enim mouerentur ad calumniandum aduocati, propter certam rem ex lite sibi dandam in euentum victoriæ litis, sicut propter quotam litis. Ita rectè notant *Azo, Gynus & Baldus in l. si qui. C. de postul.* Imò aduocati & procuratores qui hoc modo paciscuntur, ab officio procuratoris vel aduocati cum nota ignominiæ remouentur *d. l. si qui. C. de postu.* Quæ sententia & iure Canon. confirmatur in *c. infames. §. arcentur. 3. qu. 7.* Ratio est, quia pactum hoc est contra bonos mores, præbet enim causidicis occasionem calumniosè litigandi, & calumniis veritatem propter spem lucri oppugnandi, & opprimendi, vt siue jure, siue injuria, partem litis ex victoria consequantur.

Opponitur *l. 1. §. si cui. D. de var. & extr. cognit.* vbi permittitur aduocato partem aliquam ex lite, vel certam pecuniæ quantitatem palmarii nomine pacisci. Resp. dupliciter: Primò illud pactum tum demum valet, cum lis finita est, & per sententiam decisa, tunc enim licet aduocato pro honoratio suo, item pro victoriæ præmio seu palmario quod in lite triumphauerit, certam pecuniæ summam à clientulo pacisci, & pactam exigere, quia post obtentam victoriam cessat peccandi falsique committendi illecebra: pendente verò lite tale pactum non videtur admittendum, quia nullus contractus, nulla conuentio inter aduocatum & clientulum lite pendente valet, *l. quisquis. §. preterea. C. de postul.* Secundò licet quidem aduocato vel procuratori de certo honoratio etiam palmarii nomine sibi dando cum cliente pacisci, sed non quantum ipse vult, verum quantum lex præscribit. Lex enim definit certam quantitatem honorarii nomine dandam aduocatis, vt scilicet possint in causis grauioribus & arduis honorarii loco pro causæ patrocinio exigere centum aureos, supra verò centum aureos advocatus accipere non potest. *d l. §. si cui.* Vide latius de hac assertione differentem *Menoch. in arbitrar. iud. cent. 6. casu. 522. & Guidonem Papa in decis. Gratianop. quæst. 102.* vbi in addit notat *Per.*

Matthe

Mattheus extare SC. Parisiense latum Anno 1514. quo huiusmodi pactiones sordidæ & fraudis consciæ declarantur.

ASSERTIO. XXII.

Spurii non sunt Infames.

SPVRII appellantur, qui vulgò quæsiti & incerto patre nati sunt, quales sunt, qui ex scorto seu meretrice nati sunt, sic dicti, quasi *σποράδην* concepti, vel quasi sine patre filii, vulgò nominantur bastardi, *quasi van boser aardt.* *§. si aduersus Instit. de nupt. l. vulgò concepti. ff. de stat. hom.* Quæritur autem à DD. An spurii sint infames habendi. Et verior probabiliorque est sententia, propriè nec juris nec facti infamia spurios notatos esse, & si negari non possit eis aliquid inesse maculæ, quod alibi Baldus scitè comparat auro alchimistico. Rectè enim & accommodatè de hisce liberis alicubi scribit Augustin. Benè est liberis quibus nec de matre est erubescendum, nec de patre dubitandum. Vnde & spurii jure ciuili tanto odio laborant, vt nec à patre quidem alimenta petere possint. *Auth. ex complexu C. de incest. nup.* Quod tamen intelligendum est non de liberis naturalibus ex concubina natis, sed de spurijs natis ex coitu à lege damnato, puta nefarijs & incestuosis liberis qui ex adulterio & incestu nati sunt. *d. auth. ex complexu, & ibi Gl.* Iure tamen Canonico clementius cum iis agitur, quia non est æquum infantem à Deo creatum fame necari. *cap. cum haberet ex. de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult.* Quæ sententia & iudicando approbata est in curia suprema Mechliniensi, vbi pronuntiatum est, quod liberis quos sacerdos ex concubina susceperat, licet non succedant parentibus ab intestato, tamen alimenta illis sunt præstanda, secundum vires patrimonij, & qualitatem personarum, iuxta cap. cum haberet. *ex. de eo qui dux. in matr. quam pollu. per adult.* Ita pronunciatum in curia Mechliniensi Anno 1561. die 10. Ianuarij in causa liberorum spuriorum cuiusdam sacerdotis, D. Brunonis Wilhelmi sacerdotis ecclesiæ Wesopiensis quibus iussi sunt heredes proximi ab intestato competentia alimenta præstare ex bonis defuncti patris sacerdotis ad arbitrium & taxationem curiæ. Ita relatum extat in decision. supremi Senatus Holl. & Westfris. decis. 2. Duplici autem ratione hæc decisio, quod spurii non sunt infames, fundatur & stabilitur. Prima est quia pœna delicti suos debet tenere authores, nec vlterius progredi debet metus, quam reperiatur delictum. *l. sancimus, C. de pœn.* Cum ergo spurii nihil deliquerint, non debent luere pœnam scortationis paternæ. Altera ratio est, quod calamitas vel infortunium parentum non debet liberis damnum, aut dedecus adferre. *Instit. de*

ASSERTIO XXI.

Pactum inter Advocatum & Clientulum de quotâ litis initum, jure non valet.

PACTVM quo convenit inter dominum & procuratorem, vel inter aduocatum & clientem, vt procurator, seu aduocatus ejus litis, quam obtinebit, certam partem consequatur, non valet. *l. si contra 20. C.mandat. l. si remunerandi 6. §. vlt. & l. sequ. D. eodem. l. sumptus 53. D. de pact. l. litem 15. C. de procurat.* Similiter nec pactum valet de re certa vel particulari, super qua litigabatur, in euentum victoriæ danda, licet non ad quotam litis hoc pactum referatur: quia vtrobique eadem militat ratio: pariter enim mouerentur ad calumniandum aduocati, propter certam rem ex lite sibi dandam in euentum victoriæ litis, sicut propter quotam litis. Ita rectè notant *Azo, Cynus & Baldus in l. si qui. C. de postul.* Imò aduocati & procuratores qui hoc modo paciscuntur, ab officio procuratoris vel aduocati cum nota ignominiæ remouentur *d. l. si qui. C. de postu.* Quæ sententia & iure Canon. confirmatur in *c. infames. §. arcentur. 3. qu. 7.* Ratio est, quia pactum hoc est contra bonos mores, præbet enim causidicis occasionem calumniosè litigandi, & calumniis veritatem propter spem lucri oppugnandi, & opprimendi, vt siue jure, siue injuria, partem litis ex victoria consequantur.

Opponitur *l. 1. §. si cui. D. de var. & extr. cognit.* vbi permittitur aduocato partem aliquam ex lite, vel certam pecuniæ quantitatem palmarii nomine pacisci. Resp. dupliciter: Primò illud pactum tum demum valet, cum lis finita est, & per sententiam decisa, tunc enim licet aduocato pro honorario suo, item pro victoriæ præmio seu palmario quod in lite triumphauerit, certam pecuniæ summam à clientulo pacisci, & pactam exigere, quia post obtentam victoriam cessat peccandi falsique committendi illecebra: pendente verò lite tale pactum non videtur admittendum, quia nullus contractus, nu[ll]
conuentio inter aduocatum & clientulum lite pendente valet, *l. qu[...]*
præterea. C. de postul. Secundò licet quidem aduocato vel proc[...]
honorario etiam palmarii nomine sibi dando cum clien[...]
quantum ipse vult, verum quantum lex præscribit. [...]
quantitatem honorarii nomine dandam aduocatis[...]
grauioribus & arduis honorarii loco pro causa[...]
aureos, supra verò centum aureos advocatus [...]
Vide latiùs de hac assertione differentem *M[...]*
522. & Guidonem Papa in decis. Gratianop. [...]

Matthæus extare SC. Parisiense latum Anno 1514. quo huiusmodi pactiones sordidæ & fraudis consciæ declarantur.

ASSERTIO. XXII.

Spurii non sunt Infames.

SPVRII appellantur, qui vulgò quæsiti & incerto patre nati sunt, quales sunt, qui ex scorto seu meretrice nati sunt, sic dicti, quasi σποράδην concepti, vel quasi sine patre filii, vulgò nominantur bastardi, *quasi van boser aardt. §. si aduersus Instit. de nupt. l. vulgò concepti. ff. de stat. hom.* Quæritur autem à DD. An spurii sint infames habendi. Et verior probabiliorque est sententia, propriè nec iuris nec facti infamiâ spurios notatos esse, & si negari non possit eis aliquid inesse maculæ, quod alibi Baldus scitè comparat auro alchimistico. Rectè enim & accommodatè de hisce liberis alicubi scribit Augustin. Benè est liberis quibus nec de matre est erubescendum, nec de patre dubitandum. Vnde & spurii iure ciuili tanto odio laborant, vt nec à patre quidem alimenta petere possint. *Auth. ex complexu C. de incest. nup.* Quod tamen intelligendum est non de liberis naturalibus ex concubina natis, sed de spurijs natis ex coitu à lege damnato, puta nefarijs & incestuosis liberis qui ex adulterio & incestu nati sunt. *d. auth. ex complexu, & ibi Gl.* Iure tamen Canonico clementius cum iis agitur, quia non est æquum infantem à Deo creatum fame necari. *cap. cum haberet ex. de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult.* Quæ sententia & iudicando approbata est in curia suprema Mechliniensi, vbi pronuntiatum est, quod liberis quos sacerdos ex concubina susceperat, licet non succedant parentibus ab intestato, tamen alimenta illis sunt præstand[illegible] secundum vires patrimonij, & qualitatem personarum, iuxta cap. c[illegible]t. *ex. de eo qui dux. in matr. quam pollu. per adult.* It[illegible]nciatum [illegible]chliniensi Anno 1561. die 10. Ianuarij in cau[illegible] [illegible]dam s[illegible]rdotis, D. Brunonis Wilhelmi sacerdo[illegible] [illegible] heredes proximi ab intestato com[illegible] [illegible]cti patris sacerdotis ad arbitrium & [illegible] [illegible]cision. supremi Senatus Holl. & [illegible] hæc decisio, quod spurii non sunt in[illegible] [illegible] quia pœna delicti suos debet tenere [illegible]et metus, quam reperiatur delictum. [illegible]rii nihil deliquerint, non debent luere [illegible]tera ratio est, quod calamitas vel infortu[illegible] [illegible] damnum, aut dedecus adferre. *Instit. de ingen.*

ASSERTIO XXI.

Pactum inter Advocatum & Clientulum de quotâ litis initum, jure non valet.

PACTVM quo conuenit inter dominum & procuratorem, vel inter aduocatum & clientem, vt procurator, seu aduocatus ejus litis, quam obtinebit, certam partem consequatur, non valet. *l. si contra 20. C. mandat. l. si remunerandi 6. §. vlt. & l. sequ. D. eodem. l. sumptus 53. D. de pact. l. litem 15. C. de procurat.* Similiter nec pactum valet de re certa vel particulari, super qua litigabatur, in euentum victoriæ danda, licet non ad quotam litis hoc pactum referatur: quia vtrobique eadem militat ratio: pariter enim mouerentur ad calumniandum aduocati, propter certam rem ex lite sibi dandam in euentum victoriæ litis, sicut propter quotam litis. Ita rectè notant *Azo, Cynus & Baldus in l. si qui. C. de postul.* Imò aduocati & procuratores qui hoc modo paciscuntur, ab officio procuratoris vel aduocati cum nota ignominiæ remouentur *d. l. si qui. C. de postu.* Quæ sententia & iure Canon. confirmatur in *c. infames. §. arceantur. 3. qu. 7.* Ratio est, quia pactum hoc est contra bonos mores, præbet enim causidicis occasionem calumniosè litigandi, & calumniis veritatem propter spem lucri oppugnandi, & opprimendi, vt siue jure, siue injuria, partem litis ex victoria consequantur.

Opponitur *l. 1. §. si cui. D. de var. & extr. cognit.* vbi permittitur aduocato partem aliquam ex lite, vel certam pecuniæ quantitatem palmarii nomine pacisci. Resp. dupliciter: Primò illud pactum tum demum valet, cum lis finita est, & per sententiam decisa, tunc enim licet aduocato pro honorario suo, item pro victoriæ præmio seu palmario quod in lite triumphauerit, certam pecuniæ summam à clientulo pacisci, & pactam exigere, quia post obtentam victoriam cessat peccandi falsique committendi illecebra: pendente verò lite tale pactum non videtur admittendum, quia nullus contractus, nulla conuentio inter aduocatum & clientulum lite pendente valet, *l. quisq... præterea. C. de postul.* Secundò licet quidem aduocato vel procur... honorario etiam palmarii nomine sibi dando cum cliente... quantum ipse vult, verum quantum lex præscribit. ... quantitatem honorarii nomine dandam aduocatis ... grauioribus & arduis honorarii loco pro causæ ... aureos, supra verò centum aureos advocatus a... Vide latius de hac assertione differentem *Me... 522. & Guidonem Papa in decis. Gratianop. q...*

Matthæus extare SC. Parisiense latum Anno 1514. quo huiusmodi pactiones sordidæ & fraudis consciæ declarantur.

ASSERTIO. XXII.

Spurii non sunt Infames.

SPVRII appellantur, qui vulgò quæsiti & incerto patre nati sunt, quales sunt, qui ex scorto seu meretrice nati sunt, sic dicti, quasi *σποράδην* concepti, vel quasi sine patre filii, vulgò nominantur bastardi, *quasi van boser aardt. §. si aduersus Instit. de nupt. l. vulgò concepti. ff. de stat. hom.* Quæritur autem à DD. An spurii sint infames habendi. Et verior probabiliorque est sententia, propriè nec juris nec facti infamiâ spurios notatos esse, & si negari non possit eis aliquid inesse maculæ, quod alibi Baldus scitè comparat auro alchimistico. Rectè enim & accommodatè de hisce liberis alicubi scribit Augustin. Benè est liberis quibus nec de matre est erubescendum, nec de patre dubitandum. Vnde & spurii jure ciuili tanto odio laborant, vt nec à patre quidem alimenta petere possint. *Auth. ex complexu C. de incest. nup.* Quod tamen intelligendum est non de liberis naturalibus ex concubina natis, sed de spurijs natis ex coitu à lege damnato, puta nefarijs & incestuosis liberis qui ex adulterio & incestu nati sunt. *d. auth. ex complexu, & ibi Gl.* Iure tamen Canonico clementius cum iis agitur, quia non est æquum infantem à Deo creatum fame necari. *cap. cum haberet ex. de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult.* Quæ sententia & iudicando approbata est in curia suprema Mechliniensi, vbi pronuntiatum est, quod liberis quos sacerdos ex concubina susceperat, licet non succedant parentibus ab intestato, tamen alimenta illis sunt præstand[illegible] secundum vires patrimonij, & qualitatem personarum, iuxta cap. c[illegible]t. *ex. de eo qui dux. in matr. quam pollu. per adult.* Ita [illegible]nciatum [illegible]chliniensi Anno 1561. die 10. Ianuarij in causa [illegible] spu[illegible]am sacerdotis, D. Brunonis Wilhelmi sacerdo-[illegible]us[illegible]t heredes proximi ab intestato com-[illegible]cti patris sacerdotis ad arbitrium & [illegible]ecision. supremi Senatus Holl. & [illegible]æc decisio, quod spurii non sunt in-[illegible] quia pœna delicti suos debet tenere [illegible]et metus, quam reperiatur delictum. [illegible]rii nihil deliquerint, non debent luere [illegible]era ratio est, quod calamitas vel infortu-[illegible] damnum, aut dedecus adferre. *Instit. de*

E *ingen.*

ASSERTIO XXI.

Pactum inter Advocatum & Clientulum de quotâ litis initum, jure non valet.

PACTVM quo convenit inter dominum & procuratorem, vel inter aduocatum & clientem, vt procurator, seu aduocatus ejus litis, quam obtinebit, certam partem consequatur, non valet. *l. si contra 20. C. mandat. l. si remunerandi 6. §. vlt. & l. sequ. D. eodem. l. sumptus 53. D. de pact. l. litem 15. C. de procurat.* Similiter nec pactum valet de re certa vel particulari, super qua litigabatur, in euentum victoriæ danda, licet non ad quotam litis hoc pactum referatur: quia vtrobique eadem militat ratio: pariter enim mouerentur ad calumniandum aduocati, propter certam rem ex lite sibi dandam in euentum victoriæ litis, sicut propter quotam litis. Ita rectè notant *Azo, Cynus & Baldus in l. si qui. C. de postul.* Imò aduocati & procuratores qui hoc modo paciscuntur, ab officio procuratoris vel aduocati cum nota ignominiæ remouentur *d. l. si qui. C. de postu.* Quæ sententia & iure Canon. confirmatur in *c. infames. §. arceantur. 3. qu. 7.* Ratio est, quia pactum hoc est contra bonos mores, præbet enim causidicis occasionem calumniosè litigandi, & calumniis veritatem propter spem lucri oppugnandi, & opprimendi, vt siue jure, siue injuria, partem litis ex victoria consequantur.

Opponitur *l. 1. §. si cui. D. de var. & extr. cognit.* vbi permittitur aduocato partem aliquam ex lite, vel certam pecuniæ quantitatem palmarii nomine pacisci. Resp. dupliciter: Primò illud pactum tum demum valet, cum lis finita est, & per sententiam decisa, tunc enim licet aduocato pro honorario suo, item pro victoriæ præmio seu palmario quod in lite triumphauerit, certam pecuniæ summam à clientulo pacisci, & pactam exigere, quia post obtentam victoriam cessat peccandi falsique committendi illecebra: pendente verò lite tale pactum non videtur admittendum, quia nullus contractus, nulla conuentio inter aduocatum & clientulum lite pendente valet, *l. quisqu[illegible] præterea. C. de postul.* Secundò licet quidem aduocato vel procura[illegible] honorario etiam palmarii nomine sibi dando cum cliente [illegible] quantum ipse vult, verum quantum lex præscribit. L[illegible] quantitatem honorarii nomine dandam aduocatis [illegible] grauioribus & arduis honorarii loco pro causæ [illegible] aureos, supra verò centum aureos advocatus a[illegible] Vide latiùs de hac assertione differentem *Me[illegible] 522. & Guidonem Papa in decis. Gratianop. q[illegible]*

Matthæus extare SC. Parisiense latum Anno 1514. quo huiusmodi pactiones sordidæ & fraudis consciæ declarantur.

ASSERTIO. XXII.

Spurii non sunt Infames.

SPVRII appellantur, qui vulgò quæsiti & incerto patre nati sunt, quales sunt, qui ex scorto seu meretrice nati sunt, sic dicti, quasi *σποράδην* concepti, vel quasi sine patre filii, vulgò nominantur bastardi, *quasi van boser aardt.* §. *si aduersus Instit. de nupt. l. vulgò concepti. ff. de stat. hom.* Quæritur autem à DD. An spurii sint infames habendi. Et verior probabiliorque est sententia, propriè nec juris nec facti infamia spurios notatos esse, & si negari non possit eis aliquid inesse maculæ, quod alibi Baldus scitè comparat auro alchimistico. Rectè enim & accommodatè de hisce liberis alicubi scribit Augustin. Benè est liberis quibus nec de matre est erubescendum, nec de patre dubitandum. Vnde & spurii jure ciuili tanto odio laborant, vt nec à patre quidem alimenta petere possint. *Auth. ex complexu C. de incest. nup.* Quod tamen intelligendum est non de liberis naturalibus ex concubina natis, sed de spurijs natis ex coitu à lege damnato, puta nefarijs & incestuosis liberis qui ex adulterio & incestu nati sunt. *d. auth. ex complexu, & ibi Gl.* Iure tamen Canonico clementius cum iis agitur, quia non est æquum infantem à Deo creatum fame necari. *cap. cum haberet ex. de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult.* Quæ sententia & iudicando approbata est in curia suprema Mechliniensi, vbi pronuntiatum est, quod liberis quos sacerdos ex concubina susceperat, licet non succedant parentibus ab intestato, tamen alimenta illis sunt præstanda secundum vires patrimonij, & qualitatem personarum, iuxta cap. c[illegible]t. *ex. de eo qui dux. in matr. quam pollu. per adult.* Ita [illegible]nciatum [illegible]chliniensi Anno 1561. die 10. Ianuarij in cau[illegible] spu[illegible]am sacerdotis, D. Brunonis Wilhelmi sacerdo[illegible]us [illegible]t heredes proximi ab intestato com[illegible]cti patris sacerdotis ad arbitrium & [illegible]ecision. supremi Senatus Holl. & [illegible]hæc decisio, quod spurii non sunt in[illegible] quia pœna delicti suos debet tenere [illegible]et metus, quam reperiatur delictum. [illegible]rii nihil deliquerint, non debent luere [illegible]era ratio est, quod calamitas vel infortu[illegible] damnum, aut dedecus adferre. *Instit. de ingen.*

Tertiò objicit *Anto. Faber. l. 1. §. accusationem, ff. ad SC. Turp.* vbi mulier quæ ad falsi accusationem non admittitur, quia suam vel suorum injuriam non prosequitur, & si desistat, non tamen punitur. Ergo si ad accusationem admitteretur, punienda esset, si desisteret. juxta *l. si fœmina Cod. eod.* Resp. Argumentum à contrario sensu non rectè sumitur, quia repugnat text. in *l. 4. ff. ad S.C. Turp.* vbi dicitur, mulierem quæ propriæ injuriæ causa falsi crimen denunciauit, desistentem, S.C^to^ Turp. non teneri. Ex quo argumentum aliud sumitur, transactionem de crimine falsi valere. Non obstat *d. l. si fœmina*, quia non loquitur de crimine falsi, sed in alio crimine, in quo fœmina suam vel suorum injuriam accusatione persequitur, & illicitè transigendo incidit in Turpilianum.

Quartò objicitur, *l. quæsitum, ff. ad S.C. Turpil.* vbi is qui minatus est falsi crimen se objecturum, & si postea non objiciat, non punitur. Ergo à contrario sensu, si postea objiciat, & desistat, est puniendus. Resp. licet *d. l.* quæsitum velit, vt is qui falsi crimen minatus est se objecturum, & non objecit, non puniatur S. C. Turpiliano, inde tamen non sequitur, istud quoque velle, vt qui illud objecerit, & postea transegerit, in illud. S.C. incidat, quia huic interpretationi & argumentationi leges omnes aduersantur, quæ de crimine falsi transigi posse affirmant. Vide *Anto. Fab. lib. 2. conjectur. jur. c. 20.* vbi intendit probare de crimine falsi transigere non licere, sed illius argumentis jam satis superque à me est responsum.

ASSERTIO XX.

Transactio post rem judicatam interposita non valet.

TRANSACTIO post rem judicatam inita nullius est momenti. *l. si causa cognita 32. C. de transact. l. eleganter. 23. §. si post. ff. de cond. indeb. l. & post rem 7.* sumto argumento à contrario sensu. *ff. de transact.* Ratio est quia transactio tantum fit de re dubia & litigiosa. *l. 1. ff. de transact.* Sed post rem judicatam lis esse nequit. *l. sub specie & toto tit. C. de re jud.* quia res judicata rem certam & liquidam facit, & finem imponit controuersiæ. *l. res judicata. ff. de R. I. l. 1. ff. de re jud.* Ergo cum res clara sit certa & liquida post rem judicatam, transactioni omninò non est locus.

Opponitur quod post rem judicatam valet pactum, veluti si quis paciscatur, ne judicati agat. *l. 7. pen. ff. de pact.* Item quod licet vnicuique juri suo renunciare *l. penult. C. de pact.* Solutio. De re judicata licet pacisci, non transigere, & qui judicio fuit superior, potest juri suo per pactum donandi causa renunciare, non tamen de eo transigere. *Paul. lib. 1. sent. tit. 1.* *in fin.*

in fin. Ratio est, quia transactio est de re dubia. *l. 1. ff. de transact.* Res autem judicata non est dubia, cum omnis controuersia per sententiam sit sublata. Pactum igitur donandi causa licet interponere post rem judicatam, quia pacta fiunt etiam de re certa, transactioni verò non est locus re semel judicata, quia transactio tantum fit de re ambigua *d. l. 1. ff. de transact.*

Secundò aduersatur *d. l. si causa cognita. vers. proinde C. de trans.* vbi inquiunt Impp. Si non Aquiliana stipulatione & acceptilatione subsecuta scilicet post rem judicatam, competentem tibi actionem judicati sustulisti, rebus judicatis præses effectum adhibebit. His verbis videntur Impp. sibi contradicere, quia primò dixerunt non valere transactionem post rem judicatam, nec ea perimi actionem judicati, deinde videntur apertè contrarium dicere, ita demum exequendam esse sententiam, si transactum non sit, nam per Aquilianam stipulationem etiam transigitur.

Resp. Propter hanc difficultatem tribus modis hic locus explicatur. Quidam distinguunt inter transactionem factam nudo pacto, & factam per Aquilianam stipulationem. Illa non tollit actionem judicati, hæc verò (inquiunt) tollit. Accurs. meritò rejicit hanc sententiam, quia priora verba legis generaliter loquuntur de transactione. Quod autem generi attribuitur, id verè tribuitur omnibus speciebus sub ea contentis. Adde quod eadem est ratio hoc casu omnium transactionum, quia scilicet omnis transactio est de re dubia: res autem judicata non est dubia. Donellus putat his verbis non proponi exceptionem, sed tantum rationem decidendi, & accipit Si, pro quia: quod non est nouum, vt sensus sit, ideò sententiam esse exequendam, quia actio judicati per Aquilianam stipulationem non est sublata. Mihi verò maximè vera videtur interpretatio, quam Accurs. adfert, & probat vt dictis verbis contineatur exceptio. Hoc autem sic intelligi debet: Stipulatio Aquiliana interuenire potest vel transigendi, vel donandi causa. Si transigendi causa, non valet, si donandi causa, valet: secundum ea quæ suprà exposuimus. Aiunt ergo Imperatores, sententiam esse exequendam, nisi actio sublata sit per Aquilianam stipulationem, id est, nisi talis sit ea stipulatio, quæ sustulerat actionem judicati, quod perinde est, ac si dicatur, nisi donandi causa interuenerit ea stipulatio.

ASSERTIO

Matthæus extare SC. Parisiense latum Anno 1514. quo huiusmodi pactiones sordidæ & fraudis consciæ declarantur.

ASSERTIO. XXII.

Spurii non sunt Infames.

SPVRII appellantur, qui vulgò quæsiti & incerto patre nati sunt, quales sunt, qui ex scorto seu meretrice nati sunt, sic dicti, quasi *ἀπὸ σπορᾶς*. concepti, vel quasi sine patre filii, vulgò nominantur bastardi, *quasi van boser aardt. §. si aduersus Instit. de nupt. l. vulgò concepti. ff. de stat. hom.* Quæritur autem à DD. An spurii sint infames habendi. Et verior probabiliorque est sententia, propriè nec juris nec facti infamia spurios notatos esse, & si negari non possit eis aliquid inesse maculæ, quod alibi Baldus scitè comparat auro alchimistico. Rectè enim & accommodatè de hisce liberis alicubi scribit Augustin. Benè est liberis quibus nec de matre est erubescendum, nec de patre dubitandum. Vnde & spurii jure ciuili tanto odio laborant, vt nec à patre quidem alimenta petere possint. *Auth. ex complexu C. de incest. nup.* Quod tamen intelligendum est non de liberis naturalibus ex concubina natis, sed de spurijs natis ex coitu à lege damnato, puta nefarijs & incestuosis liberis qui ex adulterio & incestu nati sunt. *d. auth. ex complexu, & ibi Gl.* Iure tamen Canonico clementius cum iis agitur, quia non est æquum infantem à Deo creatum fame necari. *cap. cum haberet ex. de eo qui dux. in matr. quam poll. per adult.* Quæ sententia & iudicando approbata est in curia suprema Mechliniensi, vbi pronuntiatum est, quod liberis quos sacerdos ex concubina susceperat, licet non succedant parentibus ab intestato, tamen alimenta illis sunt præstanda, secundum vires patrimonij, & qualitatem personarum, iuxta cap. cum haberet. *ex. de eo qui dux. in matr. quam pollu. per adult.* Ita pronunciatum in curia Mechliniensi Anno 1561. die 10. Ianuarij in causa liberorum spuriorum cuiusdam sacerdotis, D. Brunonis Wilhelmi sacerdotis ecclesiæ Wesopiensis quibus iussi sunt heredes proximi ab intestato competentia alimenta præstare ex bonis defuncti patris sacerdotis ad arbitrium & taxationem curiæ. Ita relatum extat in decision. supremi Senatus Holl. & Westfris. decis. 2. Duplici autem ratione hæc decisio, quod spurii non sunt infames, fundatur & stabilitur. Prima est quia pœna delicti suos debet tenere authores, nec vlterius progredi debet metus, quam reperiatur delictum. *l. sancimus, C. de pœn.* Cum ergo spurii nihil deliquerint, non debent luere pœnam scortationis paternæ. Altera ratio est, quod calamitas vel infortunium parentum non debet liberis damnum, aut dedecus adferre. *Instit. de*

ingen. in princ. l. crimen 26. ff. de pœn. vbi traditur, quod crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere potest. Denique probatur hæc sententia per *l. spurii. 6. ff. de decur.* vbi statuitur, spurios posse in ordinem decurionum vel Senatorum eligi, addita hac ratione, quia non est impedienda dignitas ejus, qui nihil admisit. Iure Cano. Spurij ad quasuis dignitates, salua episcopali, admittuntur. *c. per venerabilem. Qui fil. sint legit. Aristot. etiam libro. 6. Politic.* hoc genus hominum à Reipub. administratione minimè submouendum arbitratus est. Porrò, vt dixi, leuis quædam macula adhæret spuriis, & plerumque spurii deteriores cæteris liberis euadunt. Vnde & dicuntur bastardi, quasi *boos aert. i.* de generis ingenii. Cujus rei elegantem rationem adfert Augustinus, dum inquit, Quia ejus modi filii à patre contemnuntur, nec rectè educantur, nec castigantur, vnde sæpè deteriores cæteris euadunt. *Chrysost. in 12. cap. ad Hebræ. Homil. 29.* populum adhortatur, vt putent Deum agere paternè, quando nos castigat, nam patres spurios & nothos liberos negligunt. Ergo Deus quando castigat, agit verum & legitimum patrem.

Aduersatur huic assertioni hoc argumentum. In liberis & posteris plerumque exempla criminis paterni metuuntur. Scortatores namque videntur quandam vim transfundere in semen, quæ etiam transeat in filios; vnde malæ sequuntur inclinationes: atque hinc judicantur cæteris esse deteriores, propterea quod puerili ætate non corrigantur. Resp. Hoc argumentum est quidem probabile, non tamen necessarium. Nam & si sæpè solet similis filius esse patri, tamen hoc non est perpetuò verum, cum & ex improbo & vili patre aliquando nascatur probus & integræ vitæ filius, sicut è contra ex probo & honesto patre degener & improbus sæpè producitur filius. Vnde spurii si modo virtutibus, & honestis moribus præditi sint, non debent propter natales impediri, quo minus ad honores & dignitates perueniant.

Secundò vehementer adversatur locus *Deutero. c. 23.* vbi dicitur. Spurius non introibit in cœtum vel concionem populi, ne in decimâ quidem generatione. Non ingredi in concionem, est ad fungendum officio sacro vel ciuili in habilem reddi. Proinde spuriis non licuit tribunatum, præturam vel sacerdotium gerere, licet patrem habuissent sacerdotem, vel principem. Resp. Excludebantur quidem lege Mosaicâ spurii à ministerio & dignitate Ecclesiasticâ, sed illa lege nunc non adstringimur, & illa lex lata est ad scortationis detestationem tantum. Si itaque spurii sint singulari prudentiâ, & excellentibus virtutibus præditi, non sunt hodie ab officiis & muneribus Politicis vel Ecclesiasticis prohibendi. Hinc & Iepthe qui spurius erat, & ex meretrice natus, à populo Israëlitico fuit in ducem exercitus, & principem populi electus, illumque Deus ipse suo populo gubernatorem

rem

rem præfici voluit. *Iudic. 11. in princ.* quia Deus non ſibi, ſed hominibus legem præſcripſerat. Ad hæc & ſatis conſtat multos, qui ſpurii fuerunt, egregios & inſignes viros extitiſſe, & ad maximas dignitates euectos eſſe, vt *Palaotus in tractu de ſpuriis cap. 55.* ſolidè demonſtrat. Vbi inter cæteros recenſetur Bartolus ICtorum Coryphæus, quem vulgo lucernam juris, fontem veritatis, & ſaccum legum indigitant. Hic tamen extra coniugij ſchema natus, ſpurius fuit, ſed poſtea à Carolo IV. Cæſare natalibus reſtitutus, ac nobilitatem adeptus eſt, vt refert *Bodin. lib. 1. de Repub. c. 9.* Quod confirmat *Sannazarius* Italus poëta, qui aſſerit tres maximos juris noſtri interpretes, puta Bartolum, Ioannem Andreæ & Iaſonem fuiſſe ſpurios & natos extra legitimum thorum, referente *Alciato libro. x. Parergon. c. 8.*

Tertiò opponitur *l. 3. §. ſpurios ff. de decur.* vbi traditur quod ſpurii non admittantur ad honores, ſi alii legitimè nati cum iis concurrant. Reſp. Verum quidem eſt, ſi alii legitimè nati cum ſpuriis concurrant, qui æquè apti & honeſti ſunt, tunc ſpurii illis cedere debent, quod ſi non eueniat, ſpurii etiam, modo ſint honeſti & probi, ad honores admittentur. Denique hæc diſtinctio ſeruanda eſt in hoc articulo. Aut ſpurii re & vitâ honeſtâ ſunt, & tunc nullâ infamiâ laborare cenſentur, ideoque non obſtabit illis vitium natalium, quo minus ad honores admittantur. *d. §. ſpurios.* vbi dicitur, etiam ſpurii ad decurionatum & re & vitâ honeſtâ recipientur. Aut ſpurii ſectantur vitia paterna, & tunc tanquam inhoneſti & infames ab honoribus arcentur. His ſuffragatur deciſio juris Canonici. *in c. nunquam. diſtinction. 56.* vbi ex auctoritate Chryſoſtomi ſancitur hoc modo. Natus ex meretrice, ſi propria virtute decoretur, parentum non dedecoretur opprobriis. Hanc ſententiam, quod ſpurii non ſint infames, defendit *Palaotus in tractatu de ſpuriis. capite quinquageſimo quinto. & ſeq. H. Piſtor. libro primo quæſtion. jur. cap. 30. Fachin. libro quarto controuerſ. jur. cap. 93. Martyr. in loc. commun. Theolog. claſſ. 2. cap. 11. Diſſentit Minſ. cent. 4. obſ. 31.* Vide & *Iaco. Thomingium deciſion. 48. Tiraquel. in tract. de nobilitat. cap. 15. numero. 30. & ſeqq.*

ASSERTIO XXIII.

Infames iure ciuili possunt esse procuratores.

CONTROVERTITVR inter DD. num infamis possit esse procurator. Et quidem iure ciuili infamis procurator esse potest, quia procuratoris officium est vile & abjectum, in quo dignitas personæ non attenditur §. *vlt. Inst. de except.*

Sed obstat *l. 1. §. remouet ff. de postulando.* vbi dicitur, quod infames remouentur à munere & officio aduocati. Resp. Officium aduocatorum est laudabile atque honoratum, estque aduocatio honos & dignitas *l. laudabile C. de aduocat. diuers. iud.* atqui infamibus portæ dignitatum non patent. *c. infamibus. de R I. in 6.* procuratoris verò officium vile est atque priuatum, & in onere potius quam honore consistit. *l. si quis procurationem 34. C. de decurio. lib. 10.* Vnde infames à procuratoris munere non repelluntur. Secundò aduersatur. *l. qui accusare 8. ff. de accus.* vbi statuitur, quod quidam propter delictum prohibentur accusare, vt sunt infames. Vnde colligitur, quod infames etiam non possint esse procuratores saltem in causis criminalibus. Resp. Hoc non accipiendum est de qualibet infamiâ, sed de eâ quæ contracta est ex publico vel capitali judicio, vel grauiori quodam crimine. *arg. l. 1. ff. de bon. poss. contr. tab.* vbi habetur quod deportatus ob crimen publicum habetur pro mortuo. Ergo cum infamis ex capitali crimine censeatur pro mortuo, procurator in judiciis esse non potest. Idem comprobat. *l. 1. §. remouet. ff. de postul. l. reum 6. C. de procur.* vbi traditur, reos vel damnatos capitali crimine non posse postulare vel procurare. Vel potest responderi, quod ex eo quod traditur infamem non posse accusare, non benè concluditur, generaliter infamem non posse accusare, non benè concluditur, generaliter infamem non posse esse procuratorem, sed hoc tantum inde consequitur, infamem in judiciis criminalibus non posse fungi procuratoris officio: nam in causis criminalibus, quæ per accusationes exercentur, procuratores neque pro accusatore, neque pro Reo interuenire possunt. *l. penult. §. 1. ff. de pub. jud.* De jure verò Canonico infames non possunt esse procuratores. *c. infames. 3. 4. 7.* Quod & hodie in judiciis benè ordinatis, & præsertim in Camerâ Imperii vsu obseruatur, in quâ nemo ad munus procuratoris admittitur, nisi sit Doctor vel Licentiatus juris. Ratio est quia hoc est consistorium summi principis, scilicet Imperatoris & statuum imperij, in quod nefas est ingredi infamibus. *arg. l. veterani 8. §. sed ignominia. ff. de excusat. tut.* vbi dicitur quod infames non possunt ingredi vrbem

bem Romam, quia est Imperatoris vel Regis aula vel curia. Vnde nec in principis tribunali vel consistorio possunt exercere officium procuratoris. Ita eleganter tradit *Mantua in glossar. juris. clas. 9. cap. 30.* Vide benè de hac re differentem *Gail. lib. 1. obs. c. 43.* & *Sichard. ad l. reum. 6. C. de procu.* qui tamen contrariam sententiam amplectitur, quod infames etiam de jure ciuili possint esse procuratores indistinctè.

ASSERTIO XXIV.

Procuratoris apocha de recepto, præjudicat domino.

GRAVIS & illustris quæstio est inter DD. An apocha facta à procuratore habente mandatum ad exigendam vel recipiendam pecuniam, habeatur pro veritate, ita vt domino faciat præjudicium. *Bart. in l. 2. §. in mutui. ff. de rebus cred.* tradit, quod non præjudicet domino procuratoris prædicta confessio. Verùm contraria sententia verior est, & legibus magis consentanea, quod scilicet procuratoris apocha de recepta pecunia, præjudicet domino. Probatur primo hæc sententia per *l. Lucius 46. §. tutelæ, ff. de administrat. tuto.* vbi apocha tutoris, qua confitetur tutor sibi à debitore pupilli solutum esse, præjudicat domino seu pupillo. Eadem ergo rationa apocha procuratoris domino faciet præjudicium, quia non magis tutor potest donare res pupilli, quam procurator pecunias domini. *l. præses. C. de transact. l. pactum curatoris 22. C. de pact. d. l. Lucius. §. vlt. in fin.* Comprobat secundò hanc opinionem, *l. vlt. ff. de Inst. act.* vbi etiam ad obligandum dominum chirographum institoris seu procuratoris sufficit. Tertiò plurimum pro hac opinione facit. *l. 2. in fin. C. de quad. præscript.* vbi apocha facta à procuratore fisci præjudicat fisco, vnde & de procuratore priuati idem erit dicendum.

Pro contraria opinione adducitur tex. in *l. 1. §. si mutuam. ff. si qu. in fraud. patro.* vbi traditur, quod licet libertus mutuum accipiendo & profundendo noceat patrono in legitima ei debita, verum tamen est, si id re ipsa accipiat, confessione verò sola mutui recepti ei præjudicare non potest. Similiter & procurator bonorum etiamsi liberam administrationem habeat, confitendo non præjudicabit domino, quia plus potestatis in negotio sibi demandato habere nequit, quam libertus habet in propriis bonis. *l. creditor. 60. §. Lucius, ff. mandati. l. contra 28. §. si filius, ff. de pact. l. procurator cui generaliter, 58. ff. de procurat.* Resp. Non obstat huic sententiæ quod dicitur in *d. l. 1.* confessionem à liberto de recepto in fraudem patroni factam, ei non parare præjudicium. Hoc enim verissimum est, neque nostram euertit opinionem. Nam eodem modo, si constat de fraude procuratoris, & quod pecunia non fuerit recepta, apocha procuratoris non nocebit domino, sicut nec patrono

nocet. Si tamen de fraude aliàs non constat; apocha vera præsumitur, nec eam procurator ipse, qui fecit, nec dominus negare poterit, nisi id legitimis probationibus ostendat. Hanc sententiam quod procuratoris confessio de recepta pecunia, quando præcessit mandatum de recipienda pecunia, præjudicet domino, egregiè defendit & illustrat *Sarmien. lib. 3. select. interpret. c. 11.* A quâ sententia dissentit *Fachinæus lib. 2. controuer. c. 55.*

ASSERTIO XXV.

Procurator ad certam litem datus, non solum appellare, sed etiam appellationem prosequi tenetur.

QVÆSTIO dubia & in diuersas partes agitata est inter DD. an procurator ad certam litem datus, suscepto officio non solum teneatur appellare, sed etiam appellationem interpositam ad extremum prosequi. Communiter DD. statuunt in *l. inuitus 17. C. de procurat.* procuratorem victum appellare quidem debere, sed institutam appellationem prosequi & exercere non teneri. Hanc sententiam sequitur & approbat *Boër. decis. 285. num. 9.* Contrariam sententiam defendit Placentinus vetus interpres, quod procurator non solum appellare, sed etiam appellationem institutam prosequi debeat. Quæ sententia accuratè comprobatur & defenditur à Donello, mihique quoque juri & legibus magis consentanea videtur. Probatur primò hæc decisio hac ratione. Procurator ad causam & litem datus, suscepto officio tenetur agere & rem judicio persequi. At verò agere est rem judicio ad extremum vsque persequi, donec aut quis consequatur agendo quod petit, aut re judicata certum sit factum amplius agi non posse. Itaque cum re judicatâ possit adhuc amplius agi auxilio appellationis, tenetur procurator qui causam promisit se acturum, non solum appellare, sed etiam causam appellationis prosequi. Secundò confirmatur hæc sententia expressè per *l. 2. ff. An per alt. causæ app.* cujus hæc sunt verba; Si procurator absentis appellauerit, deinde rationes reddiderit, nihilominus & ipse respondere debet; Quorum verborum hæc est sententia. Si procurator victus appellauit, vt pro officio appellare debet, quamuis rationes appellationis reddiderit, nihilominus debet respondere, id est, causam appellationis peragere, si vult obligationi & fidei susceptæ satisfacere.

Opponitur huic assertioni *l. si actor. C. de appellat.* vbi actor à curatore ordinatus, si victus sit, appellare quidem potest, verum non cogitur appellationem exercere & prosequi, sed hoc curatori committitur. Resp. Illic agitur

agitur de actore, qui à curatore ordinatus est ad litem, inter quem & procuratorem magna est dissimilitudo. Nam actor datur à tutoribus & curatoribus, qui non sunt domini litis. *l. neque 11. C. de procur.* Procurator datur à domino litis. Deinde actor datur, si justum aliquod impedimentum vel legitima necessitatis causa impediat tutores ab administratione:& cum decreto prætoris constituitur, si ea causa prætori probetur *l. decreto 24. ff. de administrat. tut.* At procuratorem constituit dominus pro suo arbitrio, vtpote in re sua, cujus ipse moderator est & arbiter, & tantum ei confert, quantum vult. Denique ad certam partem administrationis actor à curatoribus eligitur, cessanteque impedimento, propter quod tutores impediti actorem elegerunt, reuocatur actor. *l. 10. §. vlt. ff. de excus. tut.* At contra dominus, quia plenam habet rei suæ potestatem, procuratori actionem mandando, omnia quæ actionis verbo continentur, ei mandare censetur. Continetur autem agendi verbo, vt agat procurator, quamdiu de jure agi potest. In quo inest appellatio, & appellationis prosecutio. Cum verò actori à curatore tantum certa pars administrationis, puta prima lis committatur, idque quamdiu curator est impeditus, secunda appellationis causa judicio & administrationi curatoris reseruatur. Non quia non actori isti generali verbo mandetur actio, sicut & procuratori, sed quia non patitur vtilitas minorum, vt plus ei mandatum intelligatur, quam quod nominatim & expressè cautum est, quo scilicet minorum actio & commodum, quam maximè fieri potest, in administratione & fide tutoris curatorisue retineatur. Ita eleganter & solidè tradit *Donel. lib. 18. comment. c. 16.*

ASSERTIO XXVI.

Quando dubitatur de mandato procuratoris, tunc admittitur cum cautione de rato.

TRADITVR hæc decisio pro regula in *l. 1. C. de procurat. & l. si seruum. 33. §. fin. ff. eo.* vbi statuitur, quod procurator agens alieno nomine debet cauere de rato, si de mandato ejus incertum est. Porrò in hac quæstione, quando cautio de rato præstanda sit à procuratore actoris, ita communiter distinguitur. Aut certum est procuratorem habere mandatum, & tunc nulla opus est cautione de rato *l. si procuratorem 65. ff. de procur.* tex. expressus in *l. vnic. C. de satisd.*

Sed obstat *l. de pupillo 5. §. qui procuratorio ff. de no. op. nunciat.* vbi etiam verus procurator, hoc est qui mandatum habet, de rato satisdare cogitur. Resp. Fieri quidem potest, vt quis sit verus procurator, & tamen de eo

non

non constet, itaque eo casu satisdabit de rato, cum dubium est an sit procurator. *Gloss. in l. non solum 39. §. 1. ff. h. tit.* Aut constat procuratorem nullum habere mandatum, & tunc ne offerens quidem cautionem de rato, inuito aduersario admittitur. per *l. si pupilli. §. vlt. vers. certè ff. de negot. gest.* Aut probabiliter dubitatur de mandato, vt si proferatur mandatum mutilum, insufficiens & minus plenum, & hoc casu admittitur procurator cum cautione de rato. tex. notab. *in l. si is à quo. §. si procurator. ff. vt in poss. legat.* Est itaque in electione procuratoris actoris, cum de mandato dubitatur, an velit cauere de rato, vel docere de mandato. Quæ sententia Iohannis Glossographi est probabilior. Recte enim ille notauit procuratorem actoris in hac cautione præstandâ reum esse. Atqui cum reus alternatiue obligatus est ad duo, tunc in electione ejus est, utrum præstare velit, *§. huic autem. 33. Instit. de act. l. plerumque in fin. ff. de iu. dot. Glossa in d. l. non solum, §. 1.* in verbo debet. vbi quoque Bart. eleganter hoc modo distinguit. Quem sequuntur *VVesemb. in parat. num. 6. de procurat. Donel. lib. 18. com. c. 13.*

Sed aduersatur prædictis *l. qui ita 66. §. 1. ff ad S. C. Trebel.* vbi etiam procurator actoris absentis, qui desiderat sibi hæreditatem restitui, non admittitur cum cautione de rato, si de ejus mandato dubitetur. Resp. Vbicunque Reo nón satis cautum est per satisdationem de rato, tunc debet constare de mandato procuratoris actoris. Sic in hoc casu si hæres cogeretur adire hæreditatem ad petitionem procuratoris, de cujus mandato dubitatur, & dominus postea non haberet ratum, nec esset, cui fieret restitutio hæreditatis, hæres remaneret implicitus oneribus hæreditariis. *Bart. ad d. l. non solum. §. 1. ff. de procurat.* Admittitur ergo procurator cum cautione de rato, quando per eam idoneè cautum est aduersario, aliás de mandato procurator docere debet. Quæ doctrina limitatur in procuratore constituto de publico ad exigenda tributa, hic enim non admittitur, nisi insinuet judici mandatum. *Nouel. 128. §. qui verò ad quæcunque.*

Videtur etiam obstare huic decisioni *l. non distinguemus 32. §. vlt. ff. de recept. arb.* vbi procurator qui litigat nomine domini coram arbitro, non tenetur præstare cautionem, ratum habiturum dominum quod agit. Ergo nec procurator coram judice litigans, vbi de mandato ejus dubitatur, de rato satisdare tenetur: quia arbitria ad instar judiciorum sunt redacta. *l. 1. ff. de recept. arbitr.* Resp. Aliud in arbitriis quam judiciis receptum est, & ratio diuersitatis est, quia apud arbitrum ideò non cauetur, quod nemo tenetur præcisè ad id, quod in laudo arbitri comprehenditur: sed si soluat pœnam in compromisso definitam, non tenetur stare sententiæ arbitri. *l. 1. C. de arbit.* Quod non est in sententia judicis, cui litigantes præcisè tenentur parere. *Sichard. ad l. 1. C. de procur.* Prædicta obtinent in procuratore actoris. Procurator verò vel

vel defensor rei indistinctè tenetur cauere de judicato soluendo, etiamsi mandatum habeat, nisi dominus idem pro eo satisdare malit. *l. vnic. in fin. C. de satisd.* vel nisi immobilia possideat, quo casu nudè tantum promittit, *l. sciendum ff. qui satisd. cog.* Rationem diuersitatis reddit. *Accurs. in d. l. non solum, 39. §. 1. ff. de procur.* Denique supra-scripta decisio fallit in conjunctâ persona, quæ etiam sine mandato alieno nomine agere & experiri potest, etiam si constat apertè eum nullum habere mandatum, dummodò satisdet de rato *l. exigendi 12. & l. maritus 21. C. de procur. l. sed & hæ. 35. ff. eodem.*

ASSERTIO XXVII.

Maritus potest esse procurator vxoris, etiam sine mandato, dummodò caueat de rato.

MARITVS tanquam conjuncta persona potest esse procurator vxoris, & absque vllo mandato agere, litemque vxoris prosequi, & à sententiâ appellare, dummodò impleat solemnia satisdationis, hoc est, caueat de rato. Ratio decidendi est, quia conjunctæ personæ, vt sunt parentes, liberi, fratres & affines possunt pro consanguineis & affinibus sine mandato agere & experiri. *l. sed & hæ. 35. ff. de procur.* dummodò de rato caueant, *l. non solum 39. §. si de dote ff. de procurat.* Itaque & maritus potest sine mandato nomine vxoris agere in judicio, quia habetur pro conjuncta persona, modò de rato caueat. *l. 2. & l. maritus 21. C. de procur.*

Sed hisce duabus legibus, scilicet *d. l. 2. & d. l. maritus,* quibus traditur maritum posse esse procuratorem vxoris, citra mandatum, præstitâ satisdatione de rato, obstat. *l. vlt. C. de pact. conuent.* vbi traditur, quod maritus admittatur, vt tanquam procurator agat pro vxore, etiamsi non satisdet de rato, hoc est, licet non caueat, quod vxor ratum habebit, quod per eum gestum erit. Ad hanc objectionem respondendum, quod vxor habeat triplicia bona, dotalia, paraphernalia, & receptitia. Quod ad bona dotalia attinet, in iis non solùm maritus absque mandato, sed etiam sine cautione de rato agere potest, quia super proprio suo jure agit, cum sit rerum dotalium dominus, vnde & eorum nomine non vxori, sed marito rei vendicatio competit. *l. doce ancillam, C. de R. V.* Parapherna sunt, quæ præter dotem vxor marito adfert, quorum curam & administrationem vxor marito concedit. *l. si ego 9. §. dotis ff. de jur. dot. l. 8. C. de pact. conuent.* Et in his bonis maritus admittitur tanquam conjuncta persona sine mandato, vt sit procurator vxoris, etiamsi non offerat cautionem de rato. Et de illis duobus bonorum generibus agit. *d. l. vlt. C. de pact. conuent.* Tertiò sunt bona vxoris receptitia,

quæ nec dantur marito, nec administrat ea, sed ea mulier retinet sibi peculiariter, & in hisce bonis receptitiis procedit *d. l. 2. & d. l. maritus C. de procur.* quod scilicet maritus tanquam procurator vxoris possit in his bonis agere absque mandato, dummodò præstet satisdationem de rato. In aliis verò bonis etiam absque mandato & cautione de rato admitti debet. Ita eleganter distinguunt *Gail. lib. 1. obs. cap. 133. & Mins. cent. 3. obs. 33.* Illud tamen est obseruandum, quod quorumcunque bonorum instrumenta mulier marito tradiderit, per eam traditionem satis probari mandatum. Traditio enim instrumentorum ad litem pertinentium alicui à domino facta, facit eum procuratorem ad lites. *d. l. vlt. C. de pact. conuent.*

Postremò notandum, quod licet maritus possit esse procurator vxoris ad litem, non tamen potest esse curator bonorum vxoris, *l. 2. C. Qui dare tut. poss. l. virum. ff. de curat. furios.* Ratio diuersitatis est, quia curatoris officium longè plenius est, & magis præjudiciale, quam procuratoris, quia curator semel datus non potest reuocari, nisi aut suspectus fiat, aut anni curæ deputati sint elapsi, vel alia similis causa interuenerit. Sed procurator potest ad arbitrium domini reuocari ante litis contestationem. *l. ante 16. ff. de procur.* Ideóque facilius admittitur, quam curator. *Sichardus ad L. 2. num. 3. C. de procur.*

ASSERTIO XXVIII.

Minor 25. annis Iurisperitus læsus ex contractibus, in integrum non restituitur.

HÆc decisio hisce quatuor argumentis & rationibus comprobatur. Primò confirmatur ex eo, quod traditur in *l. 2. §. Pòst hos Quintus Mutius, ff. de orig. jur.* quod turpe sit IC. patritio, & nobili, & causas in foro peroranti, jus in quo versatur ignorare. Ergo Doctor juris si restitutionem peteret, quia per imprudentiam diceret se læsum, turpitudinem suam allegaret.

Secundò stabilitur hæc sententia ex eo, quod causa restitutionis in integrum sit imperitia rerum, quæ minorem ætatem plerumque comitari solet. *l. 1. ff. de minor.* Hæc autem ratio cessat in jurisperito, quia cum jurisprudentia sit diuinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia, certè qui omnium humanarum atque diuinarum rerum se peritum profitetur, nulla fronte poterit rei à se gestæ imperitiam allegare. Huc accedit, quod olim non solùm de jure respondebant jurisperiti: verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo de agro colendo, de omni denique negotio & officio consulebantur, ac si omnium rerum essent periti, ut Cicero testatur

testatur *lib. 3. de Orato.* Ridiculum autem esset illum, qui de agro emendo ab aliis consulitur, in emtione agri sui se captum esse prætendere, cum qui sibi non sapiunt, alteri viam infœliciter monstrent.

Tertiò hanc sententiam conuincit *l. regula. §. si quis ff. de jur. & fact. ign.* vbi dicitur, quod juris ignorantia non prodest, si quis IC. copiam habeat, vel sua prudentia instructus sit.

Quartò eadem opinio probatur ex *l. cum de indebito. § sin verò ab initio ff. de probat.* vbi traditur, quod is qui doctus est & industrius paterfam. non præsumitur in aliquo facilè errasse, maximè si forensium rerum sit peritus, quæ peritia planè in legum Doctore desideratur. Et hanc esse communem DD. sententiam, quod minor ICtus, seu Iuris doctor læsus non sit restituendus in integrum, tradit *Fachin. lib. 3. controu. c. 5.* licet ipse in contrariam partem inclinet.

Objicitur *l. 1. C. Qui & aduers. quos.* vbi dicitur, si minor 25. annis decurio ciuitatis sit creatus, quod ei nihilominus restitutio in integrum concedenda sit. Atqui decuriones cum tractent negotia Reipub. & consiliis judiciisque Reipub. moderandis & exercendis præsint, planè debent esse legum periti. Ideóque cum decuriones nihilominus restituantur in integrum, si lapsi sint lubrico ætatis, consequitur & juris Doctores esse in integrum restituendos. Resp. Decuriones etiam ii rectè eliguntur, qui planè literarum sunt expertes, multò magis qui juris sunt imperiti *l. expertes 6. C. de decurio. lib. 10.* Nam decuriones tantum consilii publici gratiâ creabantur, curamq; & administrationem bonorum ciuitatis habebant, non autem judicandi munus gerebant, ac proinde legum peritia in illis non requirebatur *l. pupillus 239. §. decuriones ff. de V. S.* Quocirca à decurionibus ad Doctores juris non ducitur efficax argumentatio. Vide *Sarmien. lib. 3. select. interp. c. 12* vbi in contrariam sententiam inclinat, quod videlicet minori 25. annis læso beneficium restitutionis in integrum non sit denegandum.

ASSERTIO XXIX.

Minor in delictis non restituitur in integrum.

REGVLA est juris, minorem nec in criminibus, nec in delictis restitui in integrum *l. si ex causa 9. §. nunc videndum l. auxilium 37. ff. de minor.* ubi traditur, quod certi juris sit in delictis prætorem minoribus 25. annis non succurrere, ideóque cessat in integrum restitutio. *fac. l. impunitas. Cod. de pœn.* Vbi dicitur, quod impunitas delicti propter ætatem non datur, si modò in ea sit ætate, in quam crimen quod intenditur, cadere potest. Crimina vocamus atrociora delicta, quorum nomine publica judicia exercentur, vel

extraordinaria criminalia. Delicta verò appellamus leuiora maleficia, quæ non propriè crimina dicuntur, sed maleficia, delicta, peccata, noxæ quæ differentia innuitur in *l. 1. C. Si aduerſ. delict.*

Objicitur huic decisioni, quod aduersus crimen incestus restitutio conceditur minori. *l. si adulterium cum incestu. 38. §. 1. ff. Ad l. Iul. de adult.* Item contra SC. Libonianum conceditur restitutio minori, quod speciem falsi continet. *l. Senatus ff. Ad l. Corn. de fals.* Ad posteriorem objectionem respondetur, quod ibi concurrebant alia, nempe jussus patris, & professio ignorantiæ, quæ merentur restitutionem. Similiter quoque in incestu dicendum est, si per dolum admissus est, ætatem non excusare. Itaque potest dici, nullam ab hac regulà exceptionem esse, si regula ita concipiatur: aduersus crimina dolo malo commissa restitutionem minori 25. annis non concedi, contra delicta verò per culpam commissa restitutionem indulgeri. Item à secundâ regulâ casus aliqui excipiuntur. Delicta quædam incidunt in noxam, quædam non, ea incidunt in noxam, quæ ex animo committuntur. Ex animo committuntur, quæ dolo committuntur, siue in contractu siue extra contractum, vt in deposito, in furto, & aliis delictis priuatis, nominatis & innominatis. Item ex animo committuntur ea delicta, quæ ex scientia committuntur, quamuis cessante dolo, veluti si per culpam in faciendo committantur, vt accidit in actione legis Aquiliæ. Illa autem omnia delicta, quæ ex animo fiunt, incidunt in noxam, quæ autem in noxam incidunt, non juuantur restitutione, vt traditur in *l. 1. C. si aduerſ. delict. & d. l. si ex causa. §. nunc videndum.* Alia verò sunt delicta, quæ non incidunt in noxam, ea sunt quæ extra animum committuntur, id est, ignorantia, negligentia vel desidia & aduersus hujusmodi delicta, quæ in noxam non cadunt, restitutio indulgetur text. est in *d. l. 1. C. Si aduerſ. delict.* cuius recta lectio est hæc: *Sed cum delictum non ex animo, sed extra venit, noxa non committitur.* Illud postremò notandum, quod licet minor 25. annis teneatur ex delicto, tamen non debet puniri pœna ordinaria, sed mitiùs punitur propter ætatem. *l. auxilium. 37. §. in delictis. ff. de minor.* in verbis, nisi quatenus miseratio ætatis ad mediocrem pœnam iudicem produxerit. *fac. l. ferè in omnibus ff. de R. I. num. 108.*

ASSERTIO XXX.

Aduersus præscriptionem non competit majoribus 25. annis restitutio in integrum, ex causâ justæ & probabilis ignorantiæ.

CONFIRMATVR hæc assertio ex *l. vlt. C. de præscript. long. temp.* vbi statuitur præscriptionem tam contra scientem quam ignorantem locum

eum habere. Ergo restitutio in integrum non est concedenda aduersus præscriptionem ex causa ignorantiæ. Additur enim ratio decidendi in *d. l. vlt.* ne propter ignorantiam aduersarii vllâ dubitationis inextricabilis oriatur occasio. Itaque restitutio deneganda est, ne propter ignorantiam nouæ oriantur lites vel dubitationes. Eandem sententiam comprobat *l. omnes. C. de præscript. 30. an.* vbi traditur, eum qui longissimo tempore rem aliquam præscripsit, plenissima securitate esse munitum. Quod sanè verum non esset, si ex capite ignorantiæ contra præscriptionem restitutio in integrum concederetur. Huc accedit & hæc ratio, quod si propter ignorantiam restitutioni locus esset, nunquam vel rarò præscriptio locum haberet, quis enim sciens pateretur res suas vsucapi: Tertiò hanc partem firmat *l. fin. C. de fund. patrim. lib. 11. in verb.* nullam penitus actionem vel molestiam aut quamlibet inquietudinem formidare, &c.

Opponitur *l. 1. ff. Ex quib. caus. maio.* vbi dicitur majores 25. annis in integrum restitui ex clausula, si qua justa causa Prætori videbitur. Atqui videtur ignorantiæ allegatio justa esse causa dandæ restitutionis. Resp. Prætor in eo edicto tantum concedit majoribus 25. annis restitutionem, qui Reipub. causâ absentes fuerunt,& res suas vsucapi passi sunt. At verò subjecta generalis clausula, Si qua mihi justa causa videbitur, intelligitur de aliis similibus justis absentiæ causis, puta si quis studiorum vel alterius justæ peregrinationis causâ absens,aliquid per vsucapionem de rebus suis amisit, vt huic etiam hoc edicto succurratur *l. sed etsi 26. §. vlt. & l. nec non 28. ff. ex qui. caus. maio.* At nulla æquitas suadet ignorantibus concedi restitutionem contra præscriptionem, quia sic nunquam esset litium finis,& parum prodesset præscriptio, cum scientes res suas ab aliis detineri, sæpius interrumpant vsucapionem.

Secundo objicitur *l. 1. §. si quis propter ff. de itin. actuque priua.* vbi qui habet seruitutem itineris,& non vsus est ea propter inundationem, ex illo capite edicti, si qua mihi justa causa videbitur, impetrat restitutionem. Resp. Restitutio ibi ex alio capite datur, quam nomine ignorantiæ, videlicet quia justo impedimento prohibitus quis est vti itinere vel actu, eo quod locus per quem actus vel iter competebat, flumine est inundatus.

Tertio aduersatur *l. vnus 34. §. vlt. cum l. & Attilicinus seq. ff. de seruit. rust. prad.* vbi qui longo tempore non est vsus aquæductu ex fonte vel flumine, ideo quia fons seu flumen ex quo aqua ducebatur, exaruit, tamen impetrata restitutione in integrum restituitur ei seruitus, si fons ad suas venas redierit. Resp. Ibi non conceditur restitutio in integrum ex capite ignorantiæ, sed quia propter justum impedimentum vel casum fortuitum prohibitus est, suo jure vti.

Postremo objicitur hæc ratio, quod præscriptio introducta sit odium

negligentium res suas repetere, atqui ignorans non potest dici negligens. Resp. Vsucapio non tantum odio negligentium, sed etiam bono publico introducta est, vt certa sint rerum dominia, & ne lites sint immortales *l. 1. ff. vsucap. l. vlt. ff. pro suo.* Hanc sententiam quod majoribus 25. annis non detur restitutio in integrum contra præscriptionem, ex capite justæ & probabilis ignorantiæ defendunt *Fachin. lib. 1. controuers. c. 69. Sarmien. lib. 2. select. interpret. c. 10. Anto. Faber in C. Fabriano ad tit C. Si aduer. vsucap. definit. 1.* vbi tradit pro hac sententia, quod aduersus præscriptionem quadragenariam non detur restitutio in integrum, in curiâ Ducis Sabaudiæ esse pronuntiatum. Contrariam sententiam sequuntur *Accurs. in. l. si sic. ff. Quemad. seruit. amit. Bart. in. l. 1. §. si quis propter ff. de itin. actuque priuat. Castrens. ad. d. l. & Attilicinus. Cepol. c. 24. de seruit. vrba. Matth. de afflict. decis. Neap. 37. & 329. Cacheran. decis. Pedemont. 69. num. 16. VVesenb. in paratit. ad tit. de vsucap. nu. 14. Gail. 2. Obser. c. 19. nu. penul. & vlt. & Obser. 105. Vsillus in §. rursus. nu. 57. Inst. de act.* Quorum sententia est, quod restitutio in integrum contra vsucapionem seu præscriptionem 30. vel 40. annorum detur ex capite iustæ ignorantiæ, intra quadriennium à tempore scientiæ computandum. *VVesenb. d. loco.* Vide aliter *VVesenb.* de hac quæstione distinguentem ad tit. *Exqu. cau. maio. nu. 10. in paratit. ff.*

ASSERTIO XXXI.

Licitum est Christianis exercere judicia.

IVDICIORVM & actionum forensium auctoritas ideò publicè constituta & introducta est, vt quisque per viam juris, legitimis actionibus & remediis, suum jus ac sibi debitum consequatur, & ne cuiquam jus atque fas sit rei suæ consequendæ gratiâ, per vim atque injuriam, sibi aditum ad vindictam munire, *l. nemo exterus C. de Iuda.* Porrò judicia & actiones exercere & legitimis disceptationibus forensibus jus suum consequi, cuique Christiano licitum & permissum est. Semper enim in omnibus benè constitutis Rebuspublicis in summo pretio & dignitate habita sunt judicia: vtpote per quæ quilibet recto & legitimo ordine res suas & sibi debitas tum consequi posset, tum res sibi legitimè acquisitas defendere & tueri.

Verùm hic occurrunt nobis Fanatici quidam spiritus, Anabaptistæ scilicet, qui planè omnia judicia & magistratus damnant, & fas esse negant jure diuino Christiano homini judicia exercere, & de jure suo in foro litigare. Pro sententiæ suæ confirmatione citant locum ex Paulo. *1. ad Corinth. c. 6.* vbi inquit.

inquit. Iam igitur omninò impotentia in vobis est, quod judicia, id est, controuersias in foro disceptandas habetis inter vos: vbi videtur omninò Apostolus judicia & definitiones controuersiarum forensium inter Christianos tollere & abrogare. Resp. Paulus non sustulit prorsus omnia judicia, sed tantum ea, quæ exercebantur apud tribunalia judicum & magistratuum Ethnicorum & infidelium: non enim fieri poterat, vt coram infidelibus judicibus contenderent fideles, quin variis calumniis essent obnoxii. Sed instare posset aliquis: Imò videtur Apostolus in totum judicia & disceptationes forenses damnare, dum inquit, Cur non potius injuriam accipitis: cur non potius damnum patimini, quam scilicet judicio contendatis? Resp. Id Paulus idcircò dicit, quod rarò soleant homines animo tranquillo litigare. Attamen si commoda offeratur ratio, qua ad tuum possis peruenire, non tantum potes, sed etiam debes sæpè lites prosequi. Tantum odium & acerbitas inimicitiarum deponenda est. Nam alioqui litigare licere, satis apparet ex ipso Paulo prædicto loco cap. 6. vbi monet tenuiores homines in Ecclesia esse diligendos, qui cognoscant & dijudicent fratrum suorum causas & lites. Quinimò & idem Apostolus suo exemplo hoc confirmauit, quando ad Romani Imperatoris judicium & tribunal prouocauit. *Actor.25. verſ.10. & 11.* inquiens. Ad tribunal Cæsaris sto, vbi me oportet judicari. item *verſ.11.* Cæsarem appello. Quibus verbis satis superque docuit, judicio præesse, atque in judiciis litigare, seque contra accusatores & aduersarios defendere, nequaquam illicitum, aut jure diuino prohibitum esse. Ita respondet *Mart. in loc. com. Theolog. claſſ.4. cap. 16. num. 18. Beza in confeſſ. cap. 5. de Eccleſia artic. 32.*

Secundo objicitur locus *Matth.7. verſ.1.* Nolite judicare, & non judicabimini. Resp. Christus loquitur ibi de priuato judicio, quod odio, ira, & cupiditate vindictæ exercemus, non de publico & legitimo judicio, vel politico magistratus officio, Hoc enim fit mandato DEI, illud vero sine mandato DEI, nec sanandi gratia, sed vlciscendi studio. Iudicare igitur eo loco dicimur, cum aliorum vitam & doctrinam injustè & calumniosè reprehendimus. Similiter non obstant hæc loca *Matth.5.* Esto amicus aduersario tuo cito, & *Lucæ 6. verſ.29.* Et ab eo qui tollit tibi pallium, etiam tunicam ne prohibeto. & *Matth.5. verſ.40.* Et ei qui vult tecum judicio contendere, ac tunicam tuam capere, dimitte ei & pallium. Nam iis locis Seruator noster calumniosam proximi molestationem, & priuatam tantum vindictam prohibet. At vero magistratus cognitionem & potestatem quam ipse dedit & confirmauit, non tollit, aut eleuat. Ita pulchrè respondet *Olden. in Libel. de formula inueſtig. actio. cap. Quatenus hodie vetus actionum ſolemnitas ſit ſublata.*

ASSERTIO

ASSERTIO XXXII.

Cæcus judex dari poteſt.

CÆCVS judicis officio fungi poteſt. tex. eſt in *l. cæcus ff. de judic.* Ratio eſt, quia cæcus judicio & prudentia non caret, vt furioſus & impubes, qui ideò remouentur à munere judicandi, *l. cum prætor. 12. §. 2. ff. de judic.* Porrò hanc deciſionem ita Accurſius accipit, quod cæcus judex eſſe poteſt, modò ante cæcitatem judex datus ſit. Si verò antequam judex detur, cæcus fuerit, non poteſt judex conſtitui. Quæ ſententia rectè notatur à *Duareno. lib. 1. diſputat. cap. 24.* Nam & cæcus indiſtinctè judex eſſe poteſt, ſiue ante injunctum munus judicandi, ſiue poſt cæcus fuerit factus. Ratio eſt, quia judicio non caret, vt cæteri, qui à judicandi munere arcentur. Iuſtum enim ab injuſto, æquum ab iniquo rectè diſcernere poteſt, imò vi judicii cæci præpollent reliquis, quia objecta non perturbant ſenſus oculorum.

Sed objicitur *l. 1. §. caſum. ff. de poſtulando.* vbi dicitur cæcum quidem acceptum magiſtratum retinere, ſed ad nouum adſpirare non poſſe. Reſp. Diſtinguendum eſt inter magiſtratum & judicem datum. Iudex cæcus dari poteſt, quia in eo nihil præter judicium, prudentiam, vel doctrinam & virtutem requirimus. In magiſtratu deligendo, præter hæc omnia decoris & ſplendoris publici habenda eſt ratio. *l. reſcripto. ff. de muner. & honor.* qui in cæco non exiſtit. Ideóque cæcus ad nouum magiſtratum non admittitur, ne majeſtas quæ in magiſtratu relucet, vileſcat.

Secundò aduerſatur, quod multa per judicem fieri debent, quæ à cæco judice rectè expediri non poſſunt. Sic enim judex cæcus non poteſt ex ſcripto ſententiam recitare, quod tamen omnino ad validitatem ſententiæ requiritur, *l. 1. & vlt. C. de ſentent. ex breuic. rec.* Similiter quoties de finibus agrorum controuerſia mouetur, judex ipſe in rem præſentem venire, & loca oculis ſubjicere debet, quæ omnia à cæco nullo modo perfici & exequi poſſunt *l. ſi irruptione, 8. §. 1. ff. Fin. regund.* Reſp. Hæc omnia commodè judex per alios, puta adſeſſores judicii, agrimenſores, item per Notarium cauſarum expedire & abſoluere poterit. Hanc ſententiam tuentur *Hotoman. in illuſtr. quæſt. 28. Duarenus d. loco.* Diſſentit *Robert. lib. 3. ſententiarum c. 23.* Huc non incommodè referri poteſt exemplum L. Torquati, de quo ita ſcriptum reliquit *Bodin. lib. 4. de Repub. c. 4. in fine.* Cum L. Torquato Populus Romanus tertium conſulatum detuliſſet, valetudinem oculorum excuſauit, quod indignum duceret ei fortunas ciuium ac Rempub. committi, qui alienis oculis vti cogeretur. Quem tamen nihil prohibebat acie ingenij omnia proſpicere, optiméque ciuitati conſulere.

ASSER-

ASSERTIO XXXIII.

Ii quibus mandata est jurisdictio, judicem dare possunt.

GENERALITER & apertè definit Paulus in *l. cum prætor. 12. §. 1. ff. de judic.* Eum cui mandata est jurisdictio, judicem dare posse, vbi quod additur, vt sunt legati proconsulum, exempli causâ adjectum censetur, vt nihilominus etiam in aliis mandatam jurisdictionem habentibus id obtineat. Exempla enim, vt benè vulgò dicitur, non stringunt sed declarant regulam *l. 1. §. quod vulgò ff. de & vi. vi. ar.* Nam sic quoque procuratori Cæsaris vicem præsidis agenti, id est, mandatá ei à præside jurisdictione, permittitur judicem dare inter priuatas personas, inter quas alioqui jurisdictionem non habet *l. 1. C. de peda. jud.*

Obstare videtur huic decisioni *l. vlt. ff. de offic. ejus cui &c.* vbi traditur eum cui mandata est jurisdictio, alteri eam mandare non posse. Quibus verbis censent Accurs. aliique interpretes hoc significari, nec eum qui mandatam habet jurisdictionem, causam judici dato delegare posse. Resp. Longè diuersa sunt hæc, mandare jurisdictionem, & judicem dare. Mandare jurisdictionem, est quidem judicem dare, sed cum imperio & potestate judicati exequendi: id enim significat jurisdictio. Iudicem dare, est simpliciter judicem dare qui judicet, sed sine jurisdictione & imperio, & sine exequendi potestate. Qui mandatam habet jurisdictionem, ideò eam alteri mandare non potest, quia habet alienam, non suam, tantumque ei exercitio commissa est, quæ est personalis, nec personam egreditur. At ideò judicem dare potest, quia nihilominus in ea causâ jurisdictionem retinet. Sententia enim à judice dato lata, hanc exequetur is, qui eum dedit, vt fieret, si judicem dedisset ipse magistratus *l. à D. Pio. 15. §. 1. ff. de re jud.*

Grauius obstat *l. eum qui 13. ff. de jurisdictio.* vbi statuitur, eum qui judicare jubet, magistratum esse oportet. Quod tantundem valet, vt non alius possit jubere judicare, seu judicem dare, quam qui est magistratus. Atqui cui mandata est jurisdictio, non est magistratus, quia non habet jurisdictionem suo jure, ideoque is cui mandata est jurisdictio, judicem dare non potest. Resp. Per hoc quod dicitur, eum qui judicare jubet, magistratum esse oportere, non excluditur is, cui mandata est jurisdictio, quoniam is vice magistratus fungitur, ejusque imperio & potestate vtitur *l. 3. ff. de offic. eius cui &c. l. solet. 16. ff. de jurisd.* Nec mouere debet quenquam, quod is cui mandata est jurisdictio, non sit magistratus. Sanè enim quoad honorem & proprietatem jurisdictionis non est magistratus. At verò exercitione & vsu imperii

est magistratus, aut certè pro magistratu habendus, dum vice & partibus ejus fungitur, & eodem est imperio.

ASSERTIO XXXIV.

Legitima liberorum originem à jure gentium traxit, modum & quantitatem à jure ciuili habet.

QVOD legitima portio debita liberis ex bonis parentum, sit juris naturalis, probant *l. cum ratio ff. de bon. dam. Auth. hoc amplius C. de fideicom. §. 1. Nouel. de hered. & falcid. §. 1. Nouel. 18. de tri. & semis.* Confirmatur & hac ratione, quia legitima portio suffecta est in locum alimentorum *d. Nouel. 18. §. prohibemus. l. quisquis §. ad filias C. ad l. Iul. majest.* Sed alimenta jure naturali debentur. *l. si quis à liberis ff. de agnosc. lib.* Igitur & legitima portio est juris naturalis. Quod ita intelligendum est, quod originem quidem habet legitima à jure naturali, quia naturalis ratio omnibus hominibus innata suadet, vt sicut parentes liberos educare tenentur, ita & bona liberis post mortem relinquere, vt honestè alantur. Verum quantitas & modus legitimæ, quod certa scilicet portio, pro legitima debeatur liberis, hoc jure ciuili introductum est, puta, vt si quatuor sint liberi vel pauciores, triens debeatur pro modo legitimæ: si verò plures sint, semis in legitimam detur *Nouel. 18. §. 1. Auth. nouissima. C. de inoff. testam.* Quod hoc vulgato versiculo expressit Accursius. Quatuor aut infra dant natis jura trientem. Semissem verò dant natis quinque, vel vltra.

Opponitur primò, quod successiones intestati sunt juris ciuilis. *can. vlt. dist. 1. §. in testatorum Inst. de hered. quæ ab intest. l. lege 12. tab. C. de legit. hered.* At portio legitima est pars successionis ab intestato. *l. Papinianus, §. si quis mortis. ff. de inoff. testam. l. parentibus C. eo.* Ergo legitima portio est juris ciuilis. Resp. Legitima portio est pars bonorum, illiusve successionis. quæ jura non continet. *d. l. Papinianus, §. quarta*, quæ est juris naturalis vel gentium *l. vlt. C. Quo bon.* non etiam hæreditariæ successionis, quæ commoda & incommoda continet, quæ est juris ciuilis.

Secundò opponitur, quod jusjurandum contra jus naturale præstitum non est seruandum *c. si quis c. inter cætera & c. vlt. 22. 44.* At jusjurandum quo filia renunciat legitimæ portioni valet *c. quamuis 10. de pact.* Ergo legitima portio jure naturali non debetur. Resp. Cum dos legitimæ portionis locum obtineat *l. quoniam nouella C. de inoff. test.* manifestum est, filiam in *d. cap. quamuis*, quæ dote accepta renunciarit hæreditati paternæ, legitimam portionem accepisse, licet fortè minorem, quam lex ciuilis statuit.

Tertiò

Tertiò objicitur. Legitima portio ciuili exhæredatione tollitur §. *aliud.* & §. *causas. Nouel.115.* Ergo est juris ciuilis. Resp. Naturali ratione & jure filius ingratus legitimá priuatur. Ingrati enim crimen efficit, vt non tantum alimentis, sed etiam paternis bonis indignus filius censeatur. Ita eleganter tradit *Gnib. lib.1. quæst. jur. cap.15.* Quam sententiam communiter approbant DD. referente *Gail.lib.2. obser. c.122. num.7.*

ASSERTIO XXXV.

Legitima relinquenda est liberis titulo institutionis, non legati, fideicommissi, aut donationis titulo.

CONFIRMATVR hæc decisio claris & expressis textibus in §. *adhac aliud capitulum*, & §. *hac autem dispofuimus Nouel. 115. Vt cum de app. cogn.* vbi Imper. disertè & rotundè statuit, quod parentes non possint liberos ex hæredare aut silentio præterire, nisi sint ingrati, sed debent eos saltem in legitimá instituere, neque sufficit vt inquit Imp. in *d.* §. *ad hac aliud*, etiamsi parentes ipsis per quamlibet donationem, legatum aut fideicommissum, aut alium quemcunque modum debitam portionem legibus contulerint. Non sufficit ergo ad validitatem testamenti, si legitima liberis, titulo legati, vel donationis causâ mortis, aut alio quolibet singulari titulo sit relicta, sed necessarium est titulo institutionis legitimam relinquere. Cujus juris ratio est duplex, prima quia longè vtilius est liberis, titulo institutionis, quam alio singulari titulo hæreditatem paternam consequi. Si enim hic filius hæres institutus in legitimá alios habeat cohæredes, illis nolentibus adire, vel morientibus ante aditam hæreditatem, tota successio & hæreditas jure accrescendi filio accedet *l. vnic. C. quan. non peten. part. peten. accresc.* Altera ratio est, quod hæredis nomen multo est honestius quam legatarii, & pleniori jure & honore hæreditates, quam legata tribuuntur. *l. 5. §. sed & si portio. ff. de legat. præst.* & ignominiosum est filium paterná hæreditate carere. Objicitur primo quod institutus in re certa est loco legatarij. *l. quoties 13. C. de hered. inst* Ergo & filius institutus in re certa seu legitima, est loco legatarij, quia legitima semper res certa est, siue quoad quotam legibus definitam, siue quoad æstimationem, quoniam ea non hæreditatis quota est, sed bonorum. cum non ponatur eius ratio, nisi deducto ære alieno *l.8. §. quarta. ff. inoff.* Resp. Filius institutus in re certa non est propriè heres, nec propriè legatarius, sed tertiam quandam speciem constituit, quæ in aliquibus legatarij, in quibusdam hereditatis naturam imitatur. Nam quatenus non vtitur actionibus hereditariis, nec illis cōuenitur, legatarij naturam participat. Cæterum heredis loco est, quia institutus in legitima vel parte ejus, non

impugnat testamentum per quærelam inofficiosi, & jus accrescendi habet, deficiente vel non adeunte coherede. *arg. l. 1. §. si ex fundo. ff. de her. instit.* Facit etiam pro confirmatione huius sententiæ, quod legitima titulo institutionis sit relinquenda liberis, quia petitur legitima actione familiæ erciscundæ à liberis, *l. 2. C. de inoffic. donat.* quæ actio non aliis competit, quam vniuersalibus successoribus, qui titulo hæreditatis ad successionem vocantur *l. 2. §. 1. & 2. ff. Fam. ercisc.*

Secundò objicitur huic decisioni *§. vlt. Instit. de inoff. test. Auth. nouissima. cum l. omnimodò §. & hoc quidem, l. si quando, §. vlt. C. de inoff. test.* vbi traditur, sufficere legitimam liberis relinqui, quocunque relicti titulo. Resp. Istæ leges & constitutiones omnes loquuntur, secundum dispositionem juris veteris, quo jure sufficiebat ad excludendam querelam inofficiosi, quocunque titulo vel hæreditario vel legati vel fideicommissi legitimam liberis relinquere. Sed hoc per postremam Iustiniani nouellam constitutionem correctum est, & statutum jure nouissimo, vt testamentum patris non valeat, nisi titulo institutionis legitima liberis à parentibus relinquatur *d. §. adhac aliud.*

Tertiò oppono, quod imperfectum testamentum patris valet inter liberos. *l. 21. §. ex imperfecto. C. de testa.* Ergo necesse non est adhibere hanc solennitatem in testamento patris, vt legitima institutionis titulo liberis relinquatur. Resp. Valet testamentum imperfectum inter liberos, quod destitutum est numero solenni septem testium, item subscriptione & sigillis testium, & aliis id genus solennibus. Non tamen valet, si careat institutione filiorum, quia hæc est substantialis pars, imò caput & fundamentum totius testamenti heredis scilicet institutio. *§. ante heredis. Inst. de Legat.* Vnde ex *dicta No. 115.* hoc testamentum patris, in quo legitima liberis institutionis titulo non est relicta, rescindi poterit. Hæc est communis DD. opinio, à qua in judicando & consulendo non est recedendum, quod scilicet in testamento inter liberos condito, pater debet liberis relinquere legitimam titulo institutionis. Ita notet *Iul. Clarus* nunquam satis laudatus ICtus in *recept. senten. in §. testamentum. quæst. 8.* Hæc quoque sententia in curia Hollandiæ judicando approbata est in lite pendente inter tutores Euæ Friderici, & Iohannem Thomæ ab Abbekerck, vti relatum extat in decisionibus curiæ Hollandiæ. decision. 17. Anno 1583. 9. Ianuarij. Plane non est necesse, vt parentes integram legitimam liberis titulo institutionis relinquant, sed sufficit, vt in quantacunque portione hæreditas eos instituant: per hoc enim querela inofficiosi excludetur, & competet liberis tantum actio ad supplementum legitimæ. *d. nouel. 115. §. hac autem disposuimus. l. omnimodò C. de in off. test.* Quæ actio ad supplementum legitimæ eò differt

fert à querela inofficiosi, quod perpetua sit, & triginta annos duret, neque quinquennio finiatur, vti querela inofficiosi *l. scimus. §. illud. C. de inofficios. test.* Ita communiter DD. placuit contra *Bart. in l. si quis filium 34. C. eod.* referente *VVesemb. in §. tam autem nu. 8. Inst. de inoff. test.* Hæc sententia, quod ad hoc vt valeat testamentum patris inter liberos, requiratur, vt legitima liberis titulo institutionis relinquatur, communiter à DD. recepta est, & approbata. Ita notant *Fachin. lib. 4. controuers. cap. 24. & lib. 12. controuer. c. 4. Vigl. ad §. vlt. Inst. de inof. test. And. Gail. lib. 2. Obs. c. 112. nu. 10.* vbi notat hanc esse communem DD. opinionem contra Iasonem quod scilicet filius debet necessario institui in legitima alias non valet testamentum patris, à qua sententia notat non esse recedendum, nec in judicando, nec in consulendo. Item affirmat *Anto. Tessaurus decis. Pedemontana 58.* vbi dicit hanc communem DD. sententiam, vbique terrarum esse receptissimam, vti notat *Faber. in error. Pragmat. decade 14. erro. 6.* vbi tamen ille in diuersam sententiam discedit, & statuit, quouis titulo liberis legitimam relinqui posse. Dissentit *Vaudus lib. 1. quæst. 5. Faber in error. Pragmat. decade 14. errore. 6.*

ASSERTIO XXXVI.

Legitima parentum non est aucta, vt liberorum.

FILIORVM legitima, quæ olim jure veteri fuit quadrans, ex postremo jure Nouellarum aucta est ad trientem, si quatuor sint liberi, vel si plures, ad semissem. Sed quæritur, an & legitima portio parentum eodem modò sit aucta. Et quidem Accurs. cæterique DD. in *Auth. nouissima C. de inoff. test.* eam pari modò, sicut in liberis auctam esse affirmant. Verum contraria sententia mihi probabilior & tutior esse videtur. Quæ sententia satis apertè probatur ex *§. 1. Nouel. de trien. & semiss.* vbi Imp. hanc causam noui juris introducendi proponit, quod scilicet ideò auxerit portiones hæreditarias filiorum, ne ex partium hæreditariarum immutatione liberi summam paupertatem & inopiam vereantur. Præterea subjungit Imp. fore admodum iniquum & inhumanum, si prædiues aliquis pater relinquat decem fortè liberos, eos non plus præcipere, quam si duo vel vnus tantum relictus esset ex quo verendum esset, ne magnâ inopiâ & fame liberi pæ[illegible]erentur. Hæc causa, quæ fecit nouæ constitutioni locum, non potest in parentibus euenire, quia illi tanto numero, quatuor scilicet vel sex, liberis raro aut nunquam superstites esse possunt.

Sed objicitur *§. hoc obseruando d. Nouel. 18.* vbi statuit Imp. quod omnium eorum portio aucta est, quibus antiquæ quartæ ratio de inofficioso querelam

 suggerebat.

ſuggerebat. Reſp. Hoc non ita accipiendum eſt, vt ad parentes ſit referendum, ſed ad filios, nepotes, & ſic deinceps liberos inferioris gradus. Item ad liberos naturales, ſi de ſucceſſione matris agatur, nam & de inofficioſo teſtamento matris ſpurii quoque liberi dicere poſſunt, *l. ſi ſuſpecta. 29. §. de inofficioſo ff. de inoff. teſt. § non licebit. d. nouel. 18.* Hanc ſententiam comprobat & ipſa inſcriptio tituli in *Nou. 18.* quæ ita concepta eſt, de filiorum & nepotum, item de naturalium liberorum ſucceſſione, de parentibus verò nihil adjicit. Probat hanc deciſionem *Vaudus. lib. 1. quæſt. c. 50.* Diſſentit etiam ab hac opinione *Fachinæus libro 4. controuer. iuris. c. 28. & Cuiat. in expoſitione Nouellæ 18. in princ.* qui ſtatuunt, non ſolum in parentibus, ſed etiam in fratribus auctam eſſe legitimam vſque ad trientem: idque ſtatuunt moti argumento ducto ex *§. 1. de No. 18. in fine.* vbi dicitur. Hoc eodem ſcilicet augmento obtinente in omnibus omnino perſonis, quibus olim quadrantis nomine de inofficioſo querela legibus attributa fuit, Denique notandum quod in praxi & vſu forenſi receptum ſit, quod legitima partis fratrum & ſororum aucta, non ſit à Iuſtiniano. Ita deciſum extat in SCto Neopolitano: atteſtante *Afflicto in deciſionibus Neapolitanis. c. 204.*

ASSERTIO XXXVII.

Petitio hæreditatis non datur contra titulo poßidentem.

PROBATVR hæc ſententia apertis & euidentibus textibus in *l. 2. l. hæreditas 7. C. de petit. hæredit.* textus rotundus in *l. hæreditatem 4. C. In qui. cauſ. ceſſ. long. temp. præſcript. l. ſed etſi 25. §. item ſi rem ff. de petit. hæred.* vbi dicitur emptores rerum hæreditariarum, & alios qui ſpeciali titulo res hæreditarias compararunt, conueniendos eſſe rei vendicatione, non petitione hæreditatis. Ratio aſſertionis hæc eſt. Proprium petitionis hæreditatis officium eſt, de jure hæreditario ſuccedendi in bona defuncti contendere. Poſſeſſor autem qui allegat titulum ſpecialem, non contradicit aduerſario ſe hæredem aſſerenti, neque controuerſiam hæreditatis ei facit, ſed mouet illi contentionem dominii, negatque aduerſarium eſſe dominum. Itaque in hoc caſu fruſtra inſtituitur petitio hæreditatis, quia in eâ non agitur ad dominium, ſed tantum ad jus hæreditarium. Quare contra eos qui titulo ſpeciali poſſident, intentanda eſt rei vindicatio, in qua de dominio controuertitur. *d. l. hæreditatem 4. l. hæredes 25. §. quod pro emptore. ff. fam. erciſc. VVeſenb. in parat. ff. de pet. hæred. num. 10. in fin. Oldendorp. claſſe. 5. act. 5.*

Primò objicitur huic deciſioni *l. nec vllam 13. §. quid ſi quis. ff. de petit hæred.* vbi

vbi dicitur, quod vtilis petitio hæreditatis intentari poſſit contra emptorem hæreditatis. Reſp. Duo tantum caſus ſpeciales ibi proponuntur, in quibus emptor hæreditatis conuenitur vtili petitione hæreditatis. Primus eſt, cum non extat venditor hæreditatis vt cum eo agi poſſit, tunc enim deficiente venditore, in ſubſidium datur in emptorem, quaſi in hæredem ejus petitio hæreditatis. Secundus caſus eſt, ſi modico pretio hæreditas vendita eſt, tunc enim quia non expedit agere contra venditorem, ad emptorem manus porrigi debent.

Secundò opponitur, quod petitio hæreditatis intentatur contra eos, qui pro hærede, vel pro poſſeſſore poſſident. *l. regulariter & l. ſequent. ff. de pet. hæred.* Atqui titulus pro hærede & pro poſſeſſore ſunt juſti & legitimi tituli, quia ad vſucapionem complendam proſunt poſſeſſori. *toto tit. ff. & C. de vſucap. pro hærede.* Reſp. Titulus pro hærede bifariam accipitur in jure. Primò quoties tractatur materia petendæ hæreditatis, quam falſa opinione aliquis putans ſe hæredem, poſſidet, toties oportet ea verba, *pro hærede,* accipere non pro vero titulo. ſed pro erronea quadam exiſtimatione & putatiuo titulo *l. pro hærede 11. cum ll. ſeq. ff. de petit. hæred.* Nam ſi reuera eſſet hæres, nunquam daretur contra eum petitio hæreditatis. Vbi verò non tractatur controuerſia juris hæreditarii inter duos, ſed diſceptatur de re aliqua, cujus dominium prætendit poſſeſſor, quia dicit ſe per hæreditariam ſucceſſionem acquiſiuiſſe, iſta verba *pro hærede,* intelligenda ſunt pro vero & juſto titulo, propter quem competit vſucapio. *l. cogi C. de petit hæred. l. 1. C. Si quis ignor. rem mino. ſine decr. alie.* Ita declarat *Anton. Gomel. in comment. ad L. Tauri. l. 45. n. 161.*

Tertio objicitur *l. nec vllam 13. §. ſi quis ſciens. ff. de pet. hæred. & l. 2. C. eodem.* vbi emptor hæreditatis, qui ſciens emit alienam hæreditatem, vtili petitione hæreditatis tenetur. Reſp. Hic emit mala fide hæreditatem, vel quotam hæreditatis partem, quia emit poſt motam litem vel controuerſiam de hæreditate, poſt quam controuerſiam motam omnes incipiunt eſſe malæ fidei poſſeſſores *l. ſed etſi 25. §. ſi ante ff. de pet. hæred.* Ideóque talis emptor meritò tenetur petitione hæreditatis, quia injuſtus & inutilis titulus pro nullo habetur.

ASSERTIO XXXVIII.

Nullum eſt directum dominium, nullum vtile.

INTERPRETES duplex ſtatuunt dominum, aliud directum, aliud vtile. Directum dominium vocant id, quod & principale & ſuperius appellatur, quod habet is, qui plenus & ſuperior eſt dominus, quale habet dominus feudi

feudi & emphyteuseos. Vtile dominium dicitur, quod est inferius, cum proprietas penes alium est, quale habent vasallus emphyteuta & superficiarius. Ita tradunt *Minſ. ad rubr. tit. inſt. de rerum diuiſ. Coſtal. ad l. 1. ff. Si ag. vectig.* Verum hæc vocabula sunt interpretum & Magistrorum juris, non verò in ipso jure & legibus tradita extant. Ideóque cum *Duare. lib. 1. diſput. c. 17. & Cujac. lib. 11. obſeruat. c. 35.* statuendum magis ex errore, quam veritate legum hanc distinctionem à DD. introductam, quod aliud sit dominium directum aliud vtile. Nam vnum tantum & simplex est dominium, quod nihil aliud est, quam proprietas rei *l. 11. §. 3. ff. de except. rei jud.* Cum autem duo non possint esse in solidum ejusdem rei domini, ex eo sequitur, quod neque duplex possit esse penes duos ejusdem rei dominium. Sicut enim possessio non admittit consortem in solidum, ita nec dominium *l. ſi vt certo, §. ſi duobus ff. Commodati.*

Contra hanc decisionem tale adfertur argumentum. Actio in rem nulli competit, nisi ei qui jure gentium aut jure ciuili dominium rei acquisiuit. *l. in rem 23. ff. de rei vend.* Sed actio in rem datur emphyteutæ, vasallo, superficiario, aliisque similibus *l. tutor. 16. §. fin. ff. de pig. act. l. ſi finita. §. ſi de vectigalibus ff. de dam. infect.* vbi IC. Vlpianus vectigalem seu emphyteuticariam actionem vtilem vendicationem appellat. Similiter in *l. in ſpeciali. 73. cum l. ſeq. ff. de rei vend.* traditur, quod superficiario Prætor causa cognitâ actionem in rem pollicetur. Denique vasallus potest tanquam dominus feudum à quocunque possidente petere, ac quasi vendicare *c. 1. § rei autem de inueſt. de alie. fact.* Ergo hi omnes sunt vtiles saltem domini. Resp. Datur his vtilis in rem actio, non respectu vtilis dominii, sed respectu effectus, quia scilicet habent jus proximum dominio, pro quo jure asserendo ad exemplum dominorum illis in rem actio accommodatur, ne scilicet jure suo alioqui planè frustrentur & priuentur. Itaque hoc intuitu potest dici aliud esse plenum, aliud minus plenum dominium, ab accidenti quia scilicet emphyteuta, vasallus, superficiarius tale jus habent, quo omnem vsum & commoditatem rei percipiant, sed propterea dominium in species duas, directum & vtile ab accidentibus diuidi non potest, quia accidentia non constituunt diuersas species. Hanc sententiam, quod scilicet non sit aliud directum, aliud vtile dominium, sed quod vtilis in rem actio aliquibus detur, qui jus habent proximum dominio, puta emphyteutæ, superficiario & vasallo, plene & solidè tradeunt & confirmant *Faber. lib. 20. Coniectur. Iur. c.* XI. *Ludouicus Maynus libro 1. actionum. cap.* VI. *Cuiat. in parat. C. de nudo iure Quirit. toll. Oldend. claſ. 3. act. 2. Vulte. in diſcept. ſcholaſt. c. 19. Coſtal. ad l. 1. ff. Si ager. vect.* vbi notat, quod hæc vocabula directum & vtile dominium, sint magistrorum & interpretum, non juris.

ASSERTIO

ASSERTIO XXXIX.

Malæ fidei possessor necessarias impensas repetit.

POSSESSOR malæ fidei sumtus necessarios in rem alienam factos repetere potest. text. sunt in *l. domum C. de rei vendic. & l. planè 38. ff. de pet. hered.* Verum huic decisioni grauiter aduersatur *l. 1. C. de infan. expo.* vbi apertè traditur, malæ fidei possessorem, impensas alimentorum, quæ necessariæ sunt, cum sine iis quis viuere non possit *l. necare ff. de lib. agnos.* repetere non posse, nec etiam per retentionem rei retinere. Ita enim ibi scribitur. Si inuito vel ignorante te partus ancillæ expositus sit, repetere eum non prohiberis, sed restitutio ejus, si non à fure vendicaueris, ita fiet, vt si qua in alendo, vel forte ad artificium discendum justè consumta fuerint, restituas. Ibi apertè statuitur furem sumtus in alendo puero expositos, qui necessarii sunt, repetere non posse.

Accursius respondet aliud in fure quam in malæfidei possessore statutum esse, quod scilicet fur non repetat necessarias impensas, sed tamen alius malæ fidei possessor eas deducat. Resp. Hæc solutio non subsistit, nam & prædo necessarios sumtus repetit. *l. planè 38. ff. de petit. hered.*

Verior itaque & probabilior hæc solutio retinenda est, quod scilicet ideò fur non repetat sumtus collatos in alimenta pueri à se furto subtracti, qui apud eum adoleuit, quia tam pueri, quam adolescentis furtum fecit: vnde propter continuationem furti tenetur ad pœnam dupli, habita scilicet æstimatione non pueri, sed adolescentis, quanti vnquam apud eum plurimi fuit. text. sunt in *l. inficiando 67. §. infans ff. de furt. l. ex argento 13. ff. de cond. furt.* vbi inquit Paulus, si infans subreptus adoleuerit, æstimatio fit adolescentis, quamuis sumtibus & curâ furis creuerit. Cum itaque fur, qui infantem surripuit, ex eo grauis obligetur, quod is tamdiu apud eum furto detentus est, donec adoleuerit, iniquum & inciuile est eum repetere sumtus alimentorum, propter quos adolescens factus est. Si enim eos sumtus repeteret, non teneretur, quanti plurimi apud eum vnquam seruus fuisset. Nec verò potest quis ex eâ causâ aliquam actionem consequi, ob quam ille alteri obligatur *l. siue hereditaria 22. ff. de neg. gest.* Ita eleganter hanc antinomiam dissoluit *Fachin. lib. 1. contro. cap. 54.* Aliter respondet *Sarmien. lib. 1. select. interp. c. 10.* Aliter quoque *Menoch. lib. 2. arb. iud. cent. 3. quæst. 58.* qui distinguit furem à malæfidei possessore, quod hic deducit necessarias impensas, ille nō item. Ratio differentiæ inter furem, & malæ fidei possessorem qui sine vi occupauit, est, quod maius delictum est furis, quam malæ fidei possessoris,

quod indicat grauior pœna furi, quam illi malæ fidei possessori indicta. Nam fur aliquando ad duplum, quandoque ad quadruplum tenetur. §. *sed furti. Inst. de act.* malæ fidei verò possessor tantum ad ipsius rei restitutionem.

ASSERTIO XL.

Vnusquisque rerum suarum dominus est, etiam abutendo.

GENERALIS & vulgata juris regula est, quod vnusquisque dominus rei suæ moderator est & arbiter *l. in re mandata. C. mandat.* Quæ regula adeò obtinet, vt liceat cuilibet etiam priuato viro & ciui rebus suis & fortunis abuti, vt puta dilapidando, vel bona sua superfluè & lautè consumendo & perdendo. tex. est in *l. sed etsi 25. §. consuluit. ff. de petit. hæred.*

Sed objicitur huic vulgatæ & receptæ juris regulæ, quod dici solet, interest Reipub. ne quis re sua malè vtatur. §. *penult. inst. de his qui sui vel alie. jur. sunt.* Item quod dicitur priuatorum hominum actionibus & negotiis jus publicum lædi non posse. *l. jus publicum, cum similibus. ff. de pact.* Hoc argumentum ita dissoluendum est. Quædam sunt, quæ directò & principaliter publicum fauorem respiciunt, & hæc contrariis hominum actionibus tolli non possunt. Sic lex Iulia prohibet, ne liceat marito fundum dotalem alienare, ne quidem vxore volente: huic legi (quia præcipuè fauorem Reipub. respicit, quia interest Reipub. fœminas esse dotatas ad sobolem procreandam, replendamque liberis ciuitatem, *l. 1. ff. Solut. matr.*)contraria coniugum pactione derogari non potest. Si tamen huic conuentioni, qua conceditur marito fundum dotalem alienare, accedat juramentum, seruandum est pactum. *c. cum contingat. ex. de jureju.* Alia sunt quæ principaliter fauore priuatorum sunt introducta, sed in consequentiam concernunt commodum publicum, & hæc contraria hominum pactione tolli possunt *l. penult. C. de pact.* Sic in nostro casu, vt quis re sua non abutatur, expedit quidem Reipub. cæterum in quandam consequentiam, & secundariò, quia interest Reipub. subditos habere locupletes, §. *cogitatio. Nouel. Vt jud. sine quoquo suffrag. fiant.* Singulorum enim facultates & copiæ, diuitiæ sunt ciuitatis, vt ait *Cicero 3. offic.* Simile est illud Vlpiani in *l. seruum §. publicè. ff. de procurat.* Publicè vtile est, absentes à quibuscunque defendi, interest scilicet Reipub. secundario, & in consequentiam quandam.

ASSERTIO

ASSERTIO XLI.

Emphyteusi per mortem emphyteutæ, ipsiusque liberorum reuolutâ ad dominum, non tenetur eam dominus proximiori agnato concedere.

QVÆRITVR si emphyteusis reuoluta sit per mortem emphyteutæ ipsiusque liberorum ad dominum, possetne is cogi eam restituere proximiori agnato. Sed verior est & probabilior sententia, dominum ad hoc non teneri. Quæ opinio probatur hoc modo. Res in emphyteusi concessa, vsque ad certam generationem, extincta ea generatione ad dominum redit. Ergo dominus potest eam retinere, vel cui mauult concedere, est enim quisque suæ rei moderator & arbiter. *l. in re mandata. C. mandati.*

Objicitur primò huic decisioni *l. 1. §. permittitur ff. de aqu. quot. & æst.* vbi dicitur, quod quando aquæductus concessus est certis personis, non transit ad hæredem vel emtorem, si tamen eis petentibus non concedatur injuria est. Resp. Ibi loquitur IC. de seruitute aquæ ducendæ, quod is eam facilè impetrare potest, ad quem fundus peruenit, si ejus domino priori seruitus debebatur. Sed alia est ratio Emphyteuseos, quæ est majoris momenti, nec potest proximior docere eam sibi deberi, eò quod aliorum bonorum dominium ad se transierit.

Secundò obstat *l. congruit, & l. vlt. C. locar. præd. ciuit. lib. 11. tit. 70.* vbi veteres conductores præferuntur nouis conductoribus, si augmentum ab altero nouo conductore oblatum ipsi præstare velint. Resp. Hoc specialiter in conductoribus fundorum publicorum receptum est, quia & hi coguntur reconducere finitâ conductione, si lucrum fecerint ex priori conductione, nec alii conductores qui tanti velint conducere, inueniantur. *l. cotem. §. vlt. ff. de publ. & vectig.*

Tertiò opponitur, quod in emptione bonorum debitoris cognati præferantur extraneis emtoribus *l. 1. ff. de priu. cred. l. Imperatores 60. ff. de pact.* Ergo & in emphyteusi quoque cognati extraneis præponentur, quia emphyteusis cum venditione magnam habet similitudinem *§. adeò. Inst. locat.* Resp. Illæ ll. loquuntur in speciali casu, quando scilicet debitoris obærati bona auctore judice possidentur & venduntur: tunc enim cognati & creditores præferuntur extraneis in venditione bonorum, modo eandem conditionem præstent, quam extranei, quod nihil commune habet cum præsenti quæstione. Hanc sententiam amplectuntur & tuentur *Sarmient. lib. 3.*

select. interp. cap. 7. And. Gail. lib. 2. obs. c. 148. Fachin. lib. 1. cont. cap. 100. Dissentit *Bart. in l. 1. §. permittitur. ff. de aqu. quot. & aest.*

ASSERTIO XLII.

Emphyteuta ob non solutum domino canonem per triennium, fundo emphyteutico licitè expelli potest.

IVRE expressè decisum est in *l. 2. C. de jur. emphyt.* quod si emphyteuta triennio integro cessauerit in præstatione canonis soliti & consueti, quod propterea à domino ex fundo emphyteutico expelli possit.

Sed in contrarium adfertur hoc argumentum. Si emphyteuta qui multis annis agrum emphyteuticum possedit, & colendo ac plantando fertiliorem & meliorem reddidit, posset ob non solutum triennio canonem ejici fundo emphyteutico, illa sequeretur iniquitas, quod dominus frueretur meliorationibus ab emphyteutâ factis, & ad partos alieno labore fructus accederet. Certè hoc est iniquum, nisi dominus sumptus in meliorationes factos refundat. Resp. Nihilominus emphyteuta ejici poterit, & meliorationes vnà cum fundo ad dominum, solutione canonis debito tempore non factâ, redibunt, vt earum nomine nihil domino possit objici *d. l. 2. in verb. nulla ei in posterum allegatione nomine meliorationis opponenda.* Neque iniquum est hoc casu statui contra eum, qui in eo culpæ suæ pœnas luat.

Porrò adeò verum est ob non solutum triennio canonem, posse emphyteutam expelli, vt etiam hoc procedat, licet emphyteuta pro solutione canonis non sit à domino admonitus, *d. l. 2. in verb. neque prætendente, quod non est super hac causa inquietatus.*

Sed aduersatur regula juris, quæ dicit moram non committi à debitore nisi præcedat interpellatio. *l. mora. 32. ff. de vsur.* Item vbi mora & delictum non est admissum; ibi nec pœnæ potest esse locus. *l. aliud est fraus* 131. *ff. de V. S.* Resp. Dies hoc casu interpellat pro homine, & sine vllâ interpellatione debitorem in morâ constituit. Nam quia certum tempus puta triennium emphyteutæ cum pœnâ priuationis à lege est præfinitum, potuit facilè hoc tempus prouidere, & tempestiuâ solutione canonis, pœnam ejectionis euitare. Itaque hoc casu non minus lapsu diei, quam apertâ interpellatione mora committitur *l. magnam. C. de contr. stipul.*

Quæritur autem hic, an pactum valeat, quo conuenit inter dominum & emphyteutam, ne emphyteuta à domino propter pensionem non solutam expellatur. Et verius probabiliusque est hoc pactum juri esse consentaneum, quia licet domino juri pro se introducto renunciare. *l. penult. C. de pact. l. si judex 41. ff. de mino.* Sed

Sed obstat quod nulla sit vis ejus conuentionis, quâ cauetur, vt inuito domino rem alienam possidere liceat. *l. cum precariò 12. ff. de preca.* Resp. Præterquam quod hujusmodi pactum ob repugnantiam in precario non valet, *l. vbi pugnantia 189. ff. de R. I.* ideò quoque inutile est, quia repugnat substantiæ præcarii, quæ est, ut ad nutum concedentis reuocetur *l. 1. & 2. ff. de preca.* Pactum autem de non expellendo emphyteutam, ob non solutum canonem, non est contra substantiam contractus emphyteutici, quæ in annuá pensione consistit, sed tantum naturam ejus impugnat, quæ est, vt dominus emphyteutam non soluentem canonem remouere possit. Itaque hoc pactum vires habet, illud non item, quia naturalia contractus pacto quidem tolli possunt: substantialia verò non possunt mutari. *l. si quis donationis 38. l. pacta conuenta. 72. ff. de contr. empt. l. vbi ita donatur. 27. ff. de mort. cau. don.* Substantia contractus est principalis ipsius contractus essentia, qua submotâ contractus deficit. Natura contractus est vis & qualitas secundum proprios fines contractus inducta, ab iis quæ extrinsecus accidere possunt, separata, Vide eleganter *Alciatum lib. 5. paradox. c. 16. & ad l. 3. num. 2. ff. Si. cert. pet.*

Secundò objicitur, Pactum de non expellendo emphyteutam ob non solutum canonem, inuitat emphyteutam ad delinquendum, scilicet ad non soluendum, ideóque nullum est & inutile. *l. si vnus 27. §. illud. ff. de pact. l. 5. ff. de pact. dot.* Resp. Non datur hic ansa delinquendi, ne omnino soluat emphyteuta canonem: sed pœna legis remittitur emphyteutæ, quem dominus nihilominus potest ad præstandam debitam pensionem, actione emphyteuticariâ vrgere. *Salyc. ad l. 2. num. 13. C. de jur. emph.*

ASSERTIO XLIII.

Ex contractu emphyteutico oritur actio emphyteucaria.

CVM ex contractu emphyteutico mutua inter dominum & emphyteutam oriatur obligatio, constet autem obligationem actionem parere, *l. licet 42. §. ea obligatio ff. de procur.* Dubium non est ex contractu emphyteutico actionem proficisci. Verum quænam illa sit, controuertunt interpretes, & adhuc sub judice lis est. Sunt qui actionem præscriptis verbis dari contendunt, quasi hic contractus certum & speciale nomen non habeat. Quoties enim contractus existunt, quorum appellationes nullo jure ciuili proditæ sunt, recurrimus ad actionem præscriptis verbis *l. 2. & 3. ff. de præscript. verb.* Ita sentit *Cynus in l. 1. num. 8. in fin. C. de jur. emph.* Quæ sententia satis refellitur ex eo, quod contractus emphyteuticus communi

DD. testimonio nominatus esse dicatur. Alii itaque condictionem ex lege competere malunt, cum hic contractus per se ad producendam obligationem inefficax à Zenonis constitutione vires acceperit, & Zenonis constitutio non definiat, quo actionis genere experiri debeamus. *l. vnic. ff. de condict. ex l. Gloss. in §. adeò. in verb. propriam. Inst. de locat. & conduct. Bart. in l. 1. num. 11. & Ias. ibidem nu. 68. C. de jur. emph.* Quorum opinio licet magno doctorum consensu sit recepta, teste Iasone, tamen cum hic contractus omnium suffragio inter nominatos referatur, fortè disputando non sine ratione defendi posset condictione ex lege hic opus non esse, cum ex conuentionibus nominatis certæ etiam & nominatæ proficiscantur actiones. Quid enim aliud indicare voluit Vlpianus, dum inquit in *l. 7. in princ. ff. de pact.* Conuentiones quæ pariunt actionem, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus. Quemadmodum igitur dicimus actionem ex emto, vendito, locato, conducto, & similes, ita non video quid vetet, actionem ex hoc contractu emphyteuticariam appellari. Quod etiam subodoratus videtur. *Bart. in d. l. vnic. nu. 8. ff. de condict. ex leg.* & nouissimè *Olden. class. 5. de actionib. beneficiariis. Baro ad d. §. adeo.* Hodiè disputatio hujus rei superuacua videtur, cum nomen actionis exprimi non sit necesse in libello, sed factum narrari sufficiat, ex quo justa agendi causa colligatur. *c. dilecti. ex. de. judic.*

ASSERTIO XLIV.

Emphyteuta longißimo tempore acquirere non poteſt directum dominium, ſi non ſoluit domino canonem.

EMPHYTEVTA etiamsi longissimo tempore, puta 30. 40. annis non soluit pensionem domino, tamen non potest immunitatem à præstatione canonis consequi, neque directum dominium sibi præscriptione acquirere. Ratio ést, quia emphyteuta quamdiu eo titulo possidet, non suo sed alieno nomine possidet, qui autem alieno nomine possidet, præscribere nullo modo potest. *l. 2. & l. cum notissimi §. vlt.* vbi est tex. apertus & rotundus. *C. de præscript. 30. an.* Facit etiam pro confirmatione hujus sententiæ *l. si quis conductionis 25. C. locat.* vbi dicitur quod qui conductionis titulo possidet, verè non possidet, ideóque prius possessionem locatori restituere debet, & tunc de proprietate litigare.

Objicitur primo huic decisioni *l. 3. & 4. C. de præs. 30. an.* quæ dicunt 30. annis tolli omnes actiones tam in rem quam personam, nullumque jus priuatum vel publicum in quacunque causa vel persona præscriptione 30. vel 40.

vel 40.annorum, jugi silentio extinctum, iterum moueri posse. Resp. Communis DD. sententia hac in quæstione verissima, hæc retinenda est; quod colonus vel emphyteuta præscriptione longissimi temporis non acquirit directum dominium fundi, etiamsi longissimo tempore pensionem annuam domino non soluit. Quæ tamen sententia non procedit, si emphyteuta possessionem domino interuertat, vt quia domino petenti recuset pensionem soluere, contendens se esse dominum. per *l. colonus 12. & l. cum fundum 18. ff. de vi & ar.* Ex hoc enim tempore præscriptio curret, & si ex inde legitimo tempore possedit, tunc quia ciuiliter possidet tanquam dominus, plenam securitatem à soluendo canone, & directum dominium præscribet. Ita expresse decidit *Bart. in d. l. 2. num. 3. C. de præscript. 30. anno.* Cujus legis hic est germanus sensus, quod emphyteuta rem detinens vt emphyteuta, aut colonus rem detinens vt colonus, nullo tempore præscribit. Verum ex quo interuertit domino possessionem, & recusat solutionem canonis, jam non detinet vt emphyteuta, nec possidet alieno nomine, sed sibi. proinde non minus potest præscribere, quam quilibet extraneus. Ita decidunt *Castrens. in l. neque fructuarium 8. num. 1. C. de vsufruct. Iason ad l. 2. num. 157. C. de iur. emph. Balbus in tractatu præscript. 4. par. 4. part. princip. quæst. 11. num. 4. Pacius ad l. plures 18. num. 7.* & ibi communiter DD. *C. de fid. instrum.*

Secundò opponitur *l. vlt. C. de fund. rei priuat. lib. 11.* vbi videtur affirmari, quod si emphyteuta 40. annis pensionem annuam non soluit, præscriptione censetur acquisiuisse immunitatem à soluendo canone, & per consequens directum dominium præscripsisse. Resp. Lex illa non dicit præscribi immunitatem annuæ pensionis, vel directum dominium spacio 40. annorum ab emphyteutâ, sed hoc dicit. Si quis fundum rei priuatæ principis emerit eâ lege, vt canonem soluere non teneatur, quod hic 40. annorum præscriptione se tueri poterit. Hic emtor nunquam suscepit in se obligationem soluendi canonis, sed eam recusauit & noluit suscipere. Itaque non pertinet ad nostram quæstionem, quâ tractatur, an emphyteuta possit præscriptione longissimi temporis acquirere immunitatem canonis emphyteutici, & per consequens directum dominium præscribere.

ASSERTIO XLV.

Emphyteusi finitâ sine culpâ emphyteutæ, meliorationes pertinent ad dominum directi dominii.

VERIOR & jure magis consentanea est sententia, quod impensæ seu meliorationes, quibus res emphyteutica melior est effecta, pertineant ad do-

ad dominum directi dominii, etiamsi sine culpâ emphyteutæ res sit ad dominum reuersa, puta si emphyteusis ad certum tempus, vel certam generationem sit concessa, & finito tempore res reuertatur ad dominum. Confirmat hanc decisionem quod contractus emphyteutius eam ob causam instituitur, vt res melior efficiatur, vt ex ipsius verbi etymologia apparet. *l. vlt. & ibi Glossa C. de jur. emph.* Et ideò solet Ecclesia prædia ruinosa ad meliorandum in emphyteusin concedere. *Auth. si quas ruinas.C.de SS. Eccles.* Ergo si hanc ob causam solet contractus emphyteuticus celebrari, dominus non tenetur soluere expensas meliorationum: ob id enim dat prædium in emphyteusin, vt ab impensis liberetur, vnde impensæ ab eo repeti non possunt. Secundò hanc opinionem comprobat *l. 1. C. de ju. emph.* vbi damnum quod per deteriorationem rei contingit, imputatur emphyteutæ, non domino, ergo non potest expensas in reficiendo factas à domino repetere, nam si repetere posset, non ejus esset damnum, sed domini. Denique hæc sententia æquitati & rationi est conueniens, quia cum emphyteusis plerunque pro exiguâ mercede concedi soleat, hinc in compensationem fructuum meliorationes cedunt domino ex naturâ contractus, finitâ emphyteusi etiam sine culpâ emphyteutæ. Quod si emphyteusis culpa emphyteutæ sit extincta, veluti ob non solutionem canonis, vel ob alienationem illicitè factam, vel ob rei deteriorationem, tunc certum & indubitatum est, dominum meliorationes lucrari *l. 2. C. de jur. emph.* §. *scire autem. No. 7. de non alie. aut permut. reb. Eccles.*

Sed obstat primò *l. domos 58. de leg.* 1. vbi traditur, si quis impensas faciat in re subjecta restitutioni post tempus, poterit eas impensas repetere ab eo, cui rem restituit. Idem ergò videtur statuendum in hac quæstione, cum fundus emphyteuticus post certum tempus vel certam generationem sit subjectus restitutioni. Resp. Ibi non est res ad meliorationem data, neque meliorationes veniunt, sicut ex natura contractus emphyteutici debentur.

Secundò objicitur tex. in *c. 1.* §. *vasallus. Hic finitur lex. lib. 2. feud. tit. 28.* vbi secundum vnam lecturam meliorationes pertinent ad vasallum & non ad dominum. Resp. Res quæ in feudum dantur, non ad meliorationem dantur, sed propter homagia seu seruitia personalia, quæ sunt causa feudi, at causa contractus emphyteutici regulariter est melioratio fundi emphyteutici, vt ex verbo ipso liquidò apparet.

Tertiò opponitur, quod dominus videatur locupletari cum alterius jactura, contra juris regulas. Resp. Non obstat prædicta regula, quia interuenit hic consensus tacitus vel expressus, ideóque consentienti & volenti non fit injuria.

Quartò aduersatur *l. 7.* §. *quoniam. & l. sed si quid 15. ff. de vsufr.* vbi vsufructuarius potest expensas vtiliter factas repetere, vel detrahere, cui similis

videtur

videtur emphyteuta. Resp. Illæ leges magis confirmant hanc opinionem, quia vsufructuarius expensas modicas, ad quas de naturâ vsusfructus tenetur, repetere non potest, magnas autem quæ ex naturâ vsusfructus non veniunt, repetere potest *l. eum ad quem C. de vsufr.* Cum ergo omnes impensæ quæ fiunt in re emphyteuticâ, ex natura ipsius contractus veniant, nullæ impensæ rei emphyteuticæ repeti possunt à domino. Hanc sententiam solidè & exactè defendit *Sarmien. lib. 3. select. interp. c. 4.* Quem sequitur *Fachin. lib. 1. controuer. juris. cap. 92.*

ASSERTIO XLVI.

Emphyteuta si triennio canonem non soluerit, postmodum oblatione factâ, moram purgare non potest.

EMPHYTEVTA si integro triennio pensionem debitam non soluerit, amittit emphyteusin, & à domino ex prędio emphyteutico expelli poterit *l. 2. C. de jur. emph. Auth. qui rem C. de SS. Eccl.* Quod adeò verum est, vt etiamsi triennio elapso velit offerre solutionem canonis, nihilominus tamen expelli possit, quia non potest post triennium offerendo debitum canonem, moram semel commissam purgare. Idque probatur hac certissimâ juris regula, quæ habet. Quoties dies & pœna est in obligatione, toties non admittitur purgatio moræ, tempore obligationis elapso. *trajecticia 23. §. de illo. ff. de obligat. & act. l. magnam 12. C. de contr. stipu.* At verò in nostro casu certum tempus in contractu emphyteutico, præscriptum est à lege soluendo canoni, triennium videlicet, sub pœnâ amissionis juris emphyteutici *d. l. 2. C. de jur. emph.* Ergo post illud tempus offerendo solutionem canonis, emphyteuta moram purgare non potest.

Sed grauiter obstat huic decisioni *c. potuit. ex. locat.* vbi emphyteuta Ecclesiæ offerendo solutionem canonis post biennium celeri satisfactione moram purgare potest. Resp. Hoc tantum singulariter receptum est in emphyteuta Ecclesiæ, vt ille possit celeri satisfactione, judicis religione æstimanda, post moram commissam sibi consulere. Ratio specialis juris est, quia verisimile est Romanos Pontifices, qui hujusmodi negligentiam coarctarunt, eamque biennio concluserunt, hoc amplius emphyteutæ indulsisse, vt moram isto modo purgare possit, atque ita in vno grauatus in altero subleuari debet. *arg. l. eum qui 30. in princ. ff. de jureju.* Maximè cum jus canonicum moræ purgationem facilius admittat, & non ita strictè pœnas exigat, quemadmodum jus ciuile *c. suam ex. de pæn.* Diuersum obtinet in emphyteutâ priuati, hunc enim moram nullatenus purgare posse, verius est. Ita habet communis

I DD. opinio

DD. opinio testante *Sichardo* in *l. 2. num. 20. C. de jur. emph.* quod etiam *Iasoni* in vtranque partem latissime disputanti tandem magis probatur in *d. l. 2.* Approbat *Molin. ad consuet. Paris. tit. 2. de consue. §. 62. nu. 9. & 10.* & secundum hanc sententiam judicatum fuisse refert *Afflict. decis. 174. num. 2.* Dissentit *Corras. in d. l. 2. num. 16. Clarus in receptis sentent. tit. de emphyteusi quaest. 8. nu. 15.*

Secundò huic assertioni repugnat. *l. quid tamen 21. §. vlt. ff. de arbit.* vbi statuitur, quod si arbiter sub certa pœna condemnauit alterum ex litigatoribus ad soluendam certæ pecuniæ summam, quod hoc casu euitet solutionem pœnæ, si post sententiam latam ante acceptum judicium offerat summam condemnatione comprehensam. Ergo adhuc admittitur purgatio moræ, licet pœna obligationi sit adjecta. Resp. Ideò ibi debitor admittitur in obligatione pœnali ad purgationem moræ, quia nullum tempus fuit expresse appositum in sententia arbitri, intra quod soluere debuit litigator, sed tantum tacitè tempus à lege judicatis datum subintelligitur. Atqui vbi dies non est nominatim adjectus obligationi, sed à lege subintelligitur, tunc adhuc locus est purgationi moræ. *l. si insulam. 184. ff. de V.O.* Approbat & sequitur hanc decisionem *Fachin. lib. 1. contro. iur. c. 98.*

ASSERTIO XLVII.

Vsusfructus est ius vtendi fruendi rebus alienis, saluâ rerum substantiâ.

DEFINITIO hæc vsusfructus proponitur à IC. Paulo in *l. 1. ff. de vsufr.* & ab Imperat. Iustin. repetitur in *princ. tit. Inst. de vsufructu.*

Sed objicitur quod definitio hæc vitiosa est, quia etiam aliis speciebus accommodari potest, at verò definitio & definitum inter se reciprocari debent *l. 1. ff. de dol. mal.* Primùm autem videtur hæc definitio conuenire emphyteusi, quæ etiam jus vtendi fruendi transfert ad emphyteutam ad perpetuum vel longissimum tempus. *l. 1. ff. Si ager vectig. pet.* Idque in re aliena, quia proprietas non transfertur in emphyteutam *d. l. 1. ff. Si ager vect. pet.* Postremò sicut per interitum rei vsusfructus extinguitur *l. repeti. §. 2. & 3. ff. de vsufruct.* ita & totius rei interitu finitur emphyteusis *l. 1. C. de jur. emph.* Resp. Emphyteuta plus juris consequitur quam vsufructuarius, nam quasi dominus est agri emphyteutici, atque adeò disertè dominus appellatur in *l. possessores 12. C. de fund. patrim. lib. 11.* eique vtilis actio rei vendicandæ causâ permittitur. *d. l. 1 ff. Si ager vect. l. 5. §. bonorum ff. vi in poss. leg.* Quinimò emphyteuta agrum emphyteuticum donare, vendere, legare & oppignorare potest *l. tutor. 16.*

tutor. 16. ff. de pig. act. l. si domus 71. §. vlt. de legat. 1. vt jam non tam alienis rebus, quam suis frui videatur. Ideóque per hæc verba, Rebus alienis, satis distinguitur emphyteusis ab vsufructu, quia emphyteuta rebus suis vtitur & fruitur.

Secundò opponitur, quod definitio vsusfructus conveniat etiam precario, nam qui precariò rem alienam accepit, potest ea vti frui saluâ rei substantiâ. Resp. Hoc differt vsusfructus à precario, quod vsusfructus manet penes vsufructuarium vsque ad vitam ejus, sed precarium quandocumque reuocari potest pro arbitrio precariò dantis *l. 1. ff. de preca.*

Postremò objicitur, quod etiam hæc definitio vsusfructus antichresi adaptari potest, quæ est species pignoris, quando scilicet ita res pignori datur vt quoad debitor satisfaciat, ea creditor vtatur fruatur. *l. si pecuniam 33. ff. de pig. act. l. si is qui bona. 11 §. 1. ff. de pign.* Ille qui antichresin habet, omnibus prouentibus & fructibus rei oppignoratæ vtitur & fruitur in re aliena. Ergo vsumfructum habere censetur. Resp. Aliud est jus vtendi fruendi, aliud vinculum ipsius juris. Ius est dominium juris, quod fructuario per traditionem acquiritur. *l. 3. & 4. ff. de vsufruct.* Ita vt rei vendicatio ei competat, quæ vulgo confessoria actio appellatur *l. 5. ff. Si vsuf. pet.* vnde & vsusfructus in dominio & bonis vsufructuarii recensetur. *l. in venditione 8. ff. de rebus aucto. jud. poss.* At creditor cui antichresis concessa est, non habet dominium juris, seu actionem realem, sed obligationem vel actionem personalem tantum, qua agit contra debitorem, vt sibi vti frui liceat. Non ea enim vis est obligationum, vt corpus aliquod nostrum faciant, sed vt alium nobis obligent ad dandum vel faciendum *l. 3. ff. de obligat. & act.* & dominium ab obligatione separatur in *l. 2. ff. de stipul. serv.* Eleganter *Hotom. in illust. quæst. 22.*

ASSERTIO XLVIII.

Vsufructuarius naturaliter possidet vsumfructum.

QVOD vsusfructuarius naturaliter possideat vsumfructum multis legibus disertè comprobatur. Primò id apertè confirmat *l. naturaliter 12. ff. de acqui. poss.* vbi Vlpianus respondit. Naturaliter is videtur possidere, qui vsumfructũ habet. Idem decidit Papinianus in *l. possessio 49. ff. eod.* dum ita scribit. Possessio quoq; per seruũ, cuius vsusfructus meus est, ex re mea vel operis serui mihi aliquiritur, cũ & naturaliter à fructuario teneatur, vbi apertè & disertè dicitur, quod vsufructuarius seruũ fructuariũ teneat & possideat. Vnde &

dantur illi interdicta possessoria, tam interdictum vti possidetis pro vsufructu retinendæ, in quo quis turbatur, quam interdictum unde vi, pro vsufructu recuperando, de quo per vim quis dejectus est, *l. vlt. ff. vti possidetis l. 3. §. vnde vi. ff. de vi & vi arm.* Huc accedit & hæc ratio, quo ad fructuarium omnes rei fructus, omniáque emolumenta pertinent, ideóque rectè naturaliter vsumfructum possidere censetur. *l. in venditione 8. ff. de rebus auct. jud. poss.*

Objicitur *l. acquiritur 10. in fin. ff. de acq. rer. dom.* vbi Cajus inquit. vsufructuarius vsucapere seruum non potest, quia non possidet, sed habet jus vtendi fruendi. Resp. Fructuarius naturaliter possidet ipsum vsum fructum, seu jus vtendi fruendi, non verò possidet ipsum fundum fructuarium.

Secundò aduersatur *l. sciendum ff. Qui satisd. cog.* vbi Vlpia. respondit, eum qui vsumfructum tantum habet possessorem non esse. Resp. Illa l. loquitur quantum ad satisdationem judicio sisti. qui enim immobilia possidet, non tenetur satisdare judicio sisti. Sed talis non est fructuarius, quia non est dominus vel possessor fundi, sed tantum habet jus vtendi fruendi, ideóque cautionem de judicio sistendo præstare tenetur.

Denique repugnat assertioni: *l. 6. §. 1. ff. de preca.* vbi dicitur, nam & fructuarius est in prædio & tamen non possidet. Item *l. 1. §. quod ait prætor ff. quod lega.* vbi ait Vlpianus, vsusfructus non possidetur, sed magis tenetur. Idem respondit Vlpianus in *l. Celsus §. Iulianus ff. ad exhibend.* Ad has omnes leges respondetur, quod istæ leges quatenus negant vsufructuarium possidere, hoc modo sint accipiendæ, vt possessionem hanc naturalem non excludant, sed quod ciuiliter, hoc est animo domini vsufructuarius non possideat. Vide latius pro hac sententiâ differentes *Cujac. lib. obs. 9. c. 33. & lib. 18. c. 24. Fachin. lib. 8. cont. iur. c. 18.*

ASSERTIO XLIX.

Vsufructuarius omnium bonorum non tenetur ad æs alienum soluendum. secundum communem DD. sententiam, contra BARTOLVM.

VSVFRVCTVARIVS omnium bonorum non tenetur ad soluendum æs alienum sed hæres conuenitur ad præstationem æris alieni à creditoribus & legatariis, permitterúrque hæredi ad solutionem æris alieni distractio bonorum hæreditariorum, quo facto & ipse vsusfructus minuetur, nam quod superest ære alieno deducto, illud tantùm hæres fructuario tradere tenetur. Probatur hæc sententia in *l. vsufructu 69. ff. ad l. Falc.* vbi Pompon. ait, vsu-

aït, vſufructu omnium bonorum legato, primum æs alienum deducendum eſſe. Concordat *l. generali 32. §. vlt. & l. vlt. ff. de vſufr. leg.* Eandem ſententiam confirmat *l. 1. C. Si cert. pet. & l. 2. C. de hæred. act.* vbi traditur ad hæredem æris alieni ſolutionem ſpectare. Hæc ſententia communiter à DD. recepta eſt, vt notat *Tur. Zan. in com. opin. opin. 105. Ferra. in for. libel. quo vxor agit ad dotem. Caſtren. conſ. 394. Bald. conſ. 237. Pract. Maſſue. tit. 13. de vſufruct. Couar. lib. 2. var. reſol. c. 2. Coſta. ad l. quoties 34. §. vniuerſorum ff. de vſufr. Gail. lib. 2. obſer. c. 146.*

Diſſentiunt tamen ab hac ſententia *Bart. ad l. vlt. ff. de vſufruct. leg.* eúmque ſecutus *Guido Pap. deciſione 541.* qui exiſtimant vſufructuarium omni æri alieno obſtringi, quaſi velint de fructibus ſoluendum eſſe æs alienum. Quæ ſententia meritò à multis improbata eſt, quia æs alienum onus totius patrimonii, non fructuum reſpicit *d. l. vl. de vſufr. legat.* Ad hæc poſſet tam graue eſſe æs alienum, vt etiam multorum annorum fructus ad id diſſoluendum pares non eſſent futuri, quo caſu inutilis eſſet vſusfructus, quod non eſt dicendum.

Opponitur *l. nam quod 14. in fin. cum. ll. ſeqq. ff. ad SC. Trebel.* vbi traditur, quod quotiès in vltima voluntate relinquuntur alicui bona, tunc ea diſpoſitio intelligi debet cum onere æris alieni, vt ſcilicet is cui bona vniuerſa, vel certa bonorum pars relinquitur, teneatur etiam agnoſcere æs alienum. Reſp. Ea lex accipienda eſt, quando plena proprietas bonorum alicui relinquitur.

Secundò objicitur *l. vxori 37. ff. de vſufr. leg.* vbi dicitur, quod ſi alicui vſusfructus omnium bonorum relictus eſt, quod etiam Calendarii vſusfructus ad eum pertineat. Si Calendarii vſusfructus ad eum pertinent, ergò & debita & credita ad eum videntur pertinere. Continet enim Calendarium debita & credita, *l. qui filium 64. ff. de leg. 3.* Reſp. Calendarium debita non continet, ſed nomina creditorum, & ſic credita & pecuniam jam exactam & fœnori deſtinatã tex. in *d. l. 3. qui filium. de leg. 3.* Calendarium enim nihil aliud eſt, quam negotiatio nominum faciendorum, ex eo dictum, quod veteres in Calendas fœner[illegible]lebant. *Conna. lib. 7. com. jur. c. 1. nu. 12. Briſſo. in lexico, in verb. Calendarium.* Et ſanè ineptum eſſet, exiſtimare IC. tum in *d. l. vxori.* quærere an vſufructu à teſtatore legato, debita ipſius legantis contineantur Calendarii nomine, niſi velint DD. debita etiam venire in conſequentiam creditorum, vt qui vſumfructum habet creditorum, etiam onus ſubeat debitorum, ſed tunc nec tex. in *d. l. vxori* ad rem faciet, nec bona erit illa conſequentia, cum ad hæredem onus ſoluendi æs alienum pertineat, ad quem ſpectat commodum hæreditatis. Ita reſpondet *Fachin. lib. 4. controver. iur. cap. 19.*

I 3 Tertio

Tertio obstat *l. vlt. §. fin autem legata. C. de bon. quæ lib.* vbi vsufructuarius omnium bonorum tenetur ad solutionem legatorum. Resp. Speciale hoc est, vt non procedat prædicta decisio in annuis legatis, nam annua legati secundum magis communem DD. opinionem ab vsufructuario omnium bonorum ex reditibus vsusfructus præstanda sunt. per *l. 7. §. 1. ff. de vsufruct.* Ita decidit *Gail. d. obs. 146. in fin.*

ASSERTIO L.

Vsufructuarius non cauere, sed satisdare tenetur se vsurum fruiturum boni viri arbitratu, & cum vsusfructus finitus fuerit, se restituturum quod inde extabit.

VSVFRVCTVARIVS tenetur proprietario desideranti de duobus satisdare, primo cogitur satisdare se vsurum boni viri arbitratu, id est, se non deteriorem causam vsusfructus facturum, cæteráque curaturum, quæ in re suâ diligens paterfamilias faceret. Secundò satisdabit se rem fructuariam restituturum finito vsufructu. *l. 1. §. cautio & §. habet. ff. vsusfruct. quem. caue. l. si cuius 13. in princ. & l. sed cum fructuarius 65. ff. de vsufruct.*

Sed objicitur *l. cum oportet §. non autem & l. vlt. §. fin autem legata C. de bon. quæ lib.* vbi traditur, quod pater qui habet vsumfructum in bonis aduentitiis filii, non tenetur hanc satisdationem præstare. Resp. Patri hæc cautio remissa est, pro jure veteris dominij, quod olim illi in his bonis acquirebatur, tum etiam quia vt Imp. ait paterna reuerentia eum à cautione excusat.

Secundò aduersatur *l. si vsusfructus, §. plane. ff. de vsufr. quem caue.* vbi traditur, quod si vsusfructus alicui purè, proprietas vero ex die legata est, cautio fructuario remittenda sit. Resp. Ideo remittitur cautio huic fructuario, quia non est necessaria, siue quod nihi[illegible]ersit hæredis, quid de proprietate futurum sit, quæ non ad ipsum, sed fructuarium hæredemve ejus certo reditura sit, siue quod cum agatur res fructuarij, non est probabile eum deterius aliquid in perniciem propriam constituturum. Idque ex mente Prætoris procedit, cui propositum fuit hac cautione proprietario consulere, vt securus sit de proprietate rei. *d. l. si cuius in princ.*

Quæritur autem qualis cautio hic exigatur, nudáne, an satisdatio, quæ datis fidejussoribus interponitur. Sed verius est, satisdationem hic exigi edicto prætoris à fructuario, ac nisi ita caueatur, denegari ei vsusfructus petitionem.

titionem. *d.l. si cujus. in princ. l. & fin. ff. vsufr. quem. caue. l.4. C.de vsufruct.* Quod adeo verum est, vt quamuis diu quæsito fidejussore eum reperire non possit, tamen non prius danda sit fructuario actio pro exigendo vsufructu, quam satisdederit. *d.l. si cujus* 15. vbi additur ratio, quia dominus proprietatis securus esse debet de proprietate sua; id autem fieri non potest sine satisdatione, ideóq; nec ad juratoriam cautionem admittetur vsufructuarius.

Sed opponitur *Auth. generaliter. C. de episc. & cle.* vbi traditur, quod qui fidejussorem inuenire non potest, liberetur præstita juratoria cautione. Item aduersatur regula juris, quæ dictat impossibilium nullam esse obligationem. *l. impossibilium, ff. de R I.* Vnde si propter inopiam non potest vsufructuarius fidejussoribus vel pignoribus cauere, æquum est, eum ad juratoriam cautionem admitti. Resp. Humanum & benignum erit, si constat fructuarium planè esse pauperem, quem verisimile sit non posse facilè fidejussorem inuenire, adhiberi remedium, quod in simili re proponitur in *l. sed si is* 5. §. *quoties. ff. de Carb. edict.* vt detur fructuario res fruenda sine satisdatione quidem, ita vt contenti simus nudâ cautione, sic tamen vt proprietarius jubeatur esse in possessione rei fructuariæ, tanquam custos & obseruator, qui det operam, ne quid res fructuaria capiat detrimenti. Ita rectè decidit *Donel.lib.*10. *com. cap.*14. Dissentit *VVesenb. in paratit.ad tit. vsufruct.quem.cau.* qui indistinctè vsufructarium ad juratoriam cautionem admittit, si fidejussoribus aut pignoribus datis ob inopiam cauere nequeat. *Cacheran. decis. Pedimont.* 153. *num.* 4. qui decidit admittendam esse cautionem juratoriam, maximè juncta submissione omnium bonorum ipsius vsufructuarij. *arg. l. filio. ff. vt legato non caueatur.* Vsu & praxi judiciorum ita plerumque obseruatur, vt si vsufructuarius sit homo frugi, & honestæ probatæque vitæ, tunc admittenda sit juratoria cautio. Si verò sit suspectæ vitæ, vel ignominiosus, aut infamis aut suspectus de dilapidatione, tunc res vsufructuaria apud virum bonum sequestrabitur, qui vsufructuario de fructibus respondeat. *arg. l.postquam*, §. *Imperator. ff. Vt lega. nom. caue. l. si fidejussor.* §. *vlt. ff. Qui satis cog. l.cum non facilè. ff. Si cui plus quam per l. Falcid.* Ita post *Bart. in l.* 4. *C.de vsufr.* tradunt *Gail. lib.*2. *Obs. c.*47. *Guid. Pap. decis.* 230. vbi dicit secundùm hanc opinionem judicatum fuisse. Addit elegans ad *Gl. in l.* 4. *C. de Vsufr.*

ASSERTIO LI.

Qui habet seruitutem riui, potest ex tereno riuo lapideum facere.

QVÆRITVR an interdicto de riuis vti possit, qui vult terrenum riuum, quo vsus est jure seruitutis, lapideum facere. In qua quæstione pugnare videtur, *l.1. §. si quis. cum l.3. §. Seruius, ff. de riuis.* In *l. 1. §. si quis.* traditur, eum qui ex riuo terreno lapideum facere velit, non rectè experiri hoc interdicto. Contrarium in *d.l.3.§. Seruius.* asseritur, vbi Vlpianus scribit, illum esse audiendum, qui vult riuum, qui ab initio terrenus fuit, cæmentitium facere, eò quod terrenus aquam non contineat. Resp. Ex sententia *Bartoli*, qui in *d. l. 1. §. vlt.* ita distinguit. Aut quis vult ex vrgenti necessitate, & magna vtilitate riuum immutare, & ex terreno lapideum facere, & hoc ei licet, vt puta si terrenus aquam amplius non contineat, & hoc casu procedit *d. §. Seruius.* Aut nulla necessitas vel grandis vtilitas subest, & tunc non conceditur riui mutatio. Ita procedit *d. l. 1. §. si quis*: qui loquitur de superfluâ, non verò de necessariâ & vtili refectione riui, quod scilicet non liceat riuo non indigente vlla refectione, eum ex terreno cæmentitium vel lapideum facere. Idque indicant verba, quæ rationis loco subjiciuntur in *d. §. si quis.* Non enim reficit, qui hoc facit, id est, qui sine vlla necessitate vel euidenti vtilitate mutat riuum. Hanc conciliationem comprobant *Menoch. remed. 7. retin. possess. num.14. Cujac. lib. obser. 27. c. 22.*

ASSERTIO LII.

Diuisio hæreditatis, vt major frater diuidat, minor eligat, juri ciuili non est consentanea.

CONTROVERTITVR acriter inter DD. vtrùm inter fratres ita sit facienda diuisio hæreditatis, vt major ex fratribus diuidat, & minor eligat. In hac controuersiâ Canonistæ tradunt, ita hæreditatem esse diuidendam inter fratres, vt major diuidat, minor verò eligat, per *c. 1. ex. de paroch.* Legistæ verò contra statuunt judicis siue arbitri officio diuisionem esse faciendam, & quod ab eo commodè diuidi non potest, sorte dirimendum censent. Hæc sententia legistarum tanquam verior & juri magis consentanea, retinenda & amplectenda est, quæ probatur in *l. 4. §. 6. & l. in hoc judicio, ff. fam.*

ff. fam. ercisc. §. item quædam 21. Inst. de act. l. 3. C. Commu. de legat. l. 2. C. quand. & quib. quar. pars. lib. 10. Approbant & sequuntur eam *Sneid. ad d. §. item quædam. nu. 63. & seqq. Fachin. lib. 6. contro. c. 37.*

Opponitur huic decisioni *c. 1. extra. de paroch.* vbi traditur, quod in facienda diuisione inter duos Episcopos, ille dividet, qui longiori tempore Episcopatum habuit, & minor eliget. Resp. tex. in *d. c. 1.* loquitur in casu speciali, vbi non de hæreditate, sed de diuidendo Episcopatu agitur, quo casu præsumitur, quod is qui diutius fuit in Episcopatu, majorem ejus habeat notitiam, quam junior: idque fauore Ecclesiæ specialiter receptum est, vnde aliàs jus commune est in contrarium.

Secundò aduersatur *l. 1. C. de his, qui se defer. lib. 10.* vbi statuitur, quod si fiscus habeat hæreditatem vel rem communem cum priuato, quam vult cum eo diuidere, fiscus debet facere partes, & deinde concedere electionem priuato. Resp. Ibi hoc tanquam priuilegium & jus singulare propter sexum vel ætatem conceditur illi, qui habet hæreditatem communem cum fisco, vt hoc casu priuatus ratione ætatis, vel mulier ratione sexus hanc habeat prærogatiuam, vt optio & electio ei concedatur, in facienda diuisione.

Postremò objicitur locus ex veteri testamento. *Genes. cap. 13.* vbi inter duos fratres Abrahamum & Lothum hoc modo diuisio est instituta. Sic enim Abraham qui erat senior, allocutus est fratrem juniorem Loth. Si tu in sinistram discesseris, ego dexteram petam, sin autem tu dexteram versus, ego sinistram petam. Resp. Hoc testimonium continet tantum exemplum de diuisione facta inter Lothum & Abrahamum, quod scilicet Abraham frater major natu diuisit bona, Loth vero minor natu elegit, sed non est adjectum præceptum generale, vt ita fiat diuisio hæreditatis ab omnibus fratribus, vt frater minor habeat illam in optione prærogatiuam; Itaque rectè dicimus non exemplis, sed legibus esse judicandum, *l. nemo. C. de sent. & interloc. om. jud.* Ex generali tamen consuetudine Germaniæ in camera imperij approbata, receptum est, vt natu major frater diuidat bona hereditaria, & minor eligat. Ita notat & tradit *Andr. Gail. lib. 2. Obs. c. 116.* per tex. in *d. c. 1. de paroch.* Sequitur *Mins. centu. 4. Obs. 37.* & nouissimè *VVesenb. in parat. ad tit. famil. ercisc. nu. 6.* Quæ & sententia jure Saxonico obtinet inter duos fratres, *daer sall die eudste delen, end die jungste keesen,* tam in allodialibus, quam feudalibus bonis. *Landtr. lib. 3. artic. 29. Scurff. 1. cons. 71. Sneidevv. ad §. quædam. nu. 27. Inst. 1. de action.*

ASSERTIO LIII.

Contractus est duorum pluriumve in idem consensus & conuentio, ad constituendam obligationem efficax.

HÆc definitio tradita extat à Theophilo ad *tit. Instit. de obligat.* & confirmatur per *l. omnium 20. ff. de judic.* vbi dicitur omnem obligationem pro contractu habendam esse, quamuis non ex crediti causa debeatur.

Sed aduersatur primò huic definitioni. *l. Labeo. 19. ff. de V. S.* vbi Labeo definit contractum esse vltrò citróque obligationem. Vnde consequitur eos tantum propriè dici & censeri contractus, qui ex vtroque latere producunt obligationem, vti sunt emtio, venditio, locatio conductio, societas & mandatum. Cæterum stipulatio, mutuum, commodatum donatio depositum, quia non producunt ab vtraque, sed ab vna tantum parte obligationem, contractus propriè dici non possunt. Sic in mutuo debitor pecuniam accipiens tantum obligatur, *l. certi. 9. §. quoniam. ff. de reb. credit.* In stipulatione promissor solus, non vero stipulator obligatur. *l. 5. §. stipulatio. ff. de verb. obligat.* Denique in commodato commodatarius tantum obligatur, commodato verò dans non obligatur, nisi fortè in hoc, vt patiatur recipientem re commodatâ vti, vel ex accidenti, si videlicet commodatarius impensas fecerit in rem commodatam *l. in commodato 17. §. sicut ff. Commod.* Resp. In definitione Labeonis hæc verba, vltro citroque obligatio, non significant vtrinque contractam obligationem, ac si requiratur vt in omni contractu vterque sibi mutuò fiat obnoxius, sed ea est horum verborum significatio, quod contractus sit obligatio, quæ ex duorum consensu proficiscatur, & quod hoc agant ambo contrahentes, vt alter alteri fiat obnoxius, & quod vtriusque consensus ad ineundum obligationis nexum concurrere debeat, licet vterque nexibus obligationis non adstringatur; Nam & Vlpianus in *l. juris gentium 7. in fine princ. ff. de pact.* scribit etiam tunc συνάλλαγμα esse, cum alteruter contrahentium duntaxat obligatur in verb. contractum esse, quod Aristo. συνάλλαγμα dicit, vnde nascitur obligatio: si tibi dedi, vt aliquid facias. Sic mutuum rectè contractus dicitur, licet debitor tantum obligatur *d. l. certi §. quoniam.* Idem de stipulatione dicendum. Quamuis enim is qui rogatur ac spondet, solus obligetur, tamen stipulatio nihilominus dicetur contractus, quia inter vtrumque contrahentem hoc agitur, vt promissor stipulatori obligetur. *l. 1. in fin. ff. de pact. l. si donationis 7. C. quod met. causa §. vlt. Inst. de obligat.* Hinc sequitur, quod si statuto fiat mentio contractus, puta si statuto cautum sit, vt si quis non petierit debitum intra x annos,

annos, quod illud amplius petere non possit, tunc etiam comprehendi debitum ex contractu, ex quo alter contrahentium tantum obligetur, puta ex mutuo donatione, vel stipulatione cum hic proprie etiam contractus dicatur. *§. hares Inst. de oblig. ex qu. contr. l. 4. §. hares. ff. de obl. & act.* Ita pulchrè & eleganter decidit *Tobias Nonius ad §. Prius est. nu. 7. Inst. de oblig.*

Secundo aduersatur huic definitioni, quod in contractibus innominatis, priusquam causa subsit, id est datio vel factum interueniat, nulla constituitur obligatio. *l. jurisgentium 7. §. 1. ff. de pact.* Postquam causa subest, & vnus ex suá parte impleuit contractum, tunc alter solus obligatur. Resp. Ex præcedenti responsione patet solutio ad hoc argumentum, quia hæc verba, vltro citroque hanc habent significationem, quod in quolibet contractu necesse est hinc inde id agi inter contrahentes, vt obligetur alter alteri, itaque talis conuentio vltro citroque facta rectè contractus dicitur, siue ex vná parte tantùm, siue ex vtraque producat obligationem. *l. 7. §. 1. ff. de pact. l. si in area 33. ff. de condict. indeb.* Ita pulchrè tradunt *Guibert. lib. 1. quæst. jur. c. 8. Baro ad l. 1. ff. de pact.* vbi eleganter ita notat. Quod vulgo aiunt contractum, non esse nisi vbi sit mutua obligatio, mihi non placet, nec vnquam probatur. Nam obligatio vltro citro in consentiendo semper consistit, non semper in vinculo juris mutuo. *l. 1. & 2. ff. de obl. & act. d. l. Labeo. l. obligationum 3. ff. de obl. act. in verb. obligationum substantia in eo consistit, vt alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum. Fornerius & Goda. ad l. Labeo de V. S. Bello lib. 2. supput. jur. c. 2. Donel. ad l. 1. num. 8. 9. 10. 11. & 12. ff. de reb. cred. Cujat.* in *parat. C. l. ad tit. de obl. & act.* vbi contractum paulo aliter definit, videlicet, quod sit conuentio quæ proprium & legitimum nomen habet, vel quæ nomine vacat, datione tamen, aut facto aliquo sumsit effectum. Quæ definitio omnibus contractuum speciebus conuenit tàm nominatorum, quam innominatorum. Quæ definitio contractus à Cujatio tradita, tanquam omnium perfectissima amplectenda & retinenda est, cum Cujatius tanquam omnium ICtorum nostri æui solertissimus & subtilissimus summus sit definiendi artifex, ita vt raro aut nunquam eius definitiones infringi aut euerti possint.

ASSERTIO LIV.

Etiam jure Canonico reperiuntur aliqui contractus stricti juris.

IVRE ciuili contractus ita diuiduntur, quod alij sint bonæ fidei, alij vero stricti juris *§. actionum. Inst. de actio.* Contractus bonæ fidei ideo di-

cuntur, quia in iis magis exuberat bona fides, & ex æquo ac bono maximè in iis proceditur. *l. bona fides 31. ff. depositi.* Stricti vero juris contractus ideo dicuntur, quia non venit in iis, nisi quod exigit natura contractus, & quod nominatim in conuentionem deductum est *l. quia tantundem 7. ff. de neg. gest. l. quicquid 99. ff. de verb. oblig.* Hæc differentia contractuum non est sublata jure Canonico, nam & eo jure aliæ sunt actiones bonæ fidei, in quibus ex æquo & bono maximè proceditur, aliæ vero sunt stricti juris, in quibus ex summo jure est agendum. Probat hanc decisionem *c. cum venerabilis. ex. de except.* vbi Pontifex argumentatur loquens de permutatione, dicendo quod est contractus bonæ fidei, quasi sentiat non omnes contractus esse bonæ fidei, alioquin specialiter argumentum in illo contractu non concluderet, si id esset commune omnibus contractibus.

Sed pro contrariâ opinione, quod jure Canonico omnes contractus sint bonæ fidei, adducitur tex. in *cap. cum dilecti. extra. de donat.* Ibi cum textus de donatione, & quâdam ejus interpretatione loquatur, inquit latissimè illam donationem esse interpretandam, adjectâ hac generali regulâ, quia in contractibus plena, in testamentis plenior, in beneficiis plenissima sit facienda interpretatio, & tamen nullus contractus est strictioris juris, quam donatio. *l. eum qui 22. ff. de donat.* vbi dicitur quod ex contractu donationis non debeantur vsuræ, quod proprium est in contractibus stricti juris. *l. 1. C. de cond. indeb. l. 3. C. de vsur.* Hinc probatur, quod contractus donationis, qui de jure ciuili est stricti juris, jure Canonico sit bonæ fidei, & latius sit interpretandus, quam vltima voluntas sit accipienda. Resp. Prædictus canon loquitur de donatione factâ Ecclesiæ vel pio loco, quod fauore religionis sit in tali donatione facienda latissima interpretatio, vt in dubio videatur id promissum, quod est majus & vtilius Ecclesiæ. Vnde licet donatio sit natura stricti juris, tamen quando fit Ecclesiæ seu pio loco, latissimè est interpretanda. Similem tex. habemus in *l. Titia 38. §. Seja. ff. de au. & arg. leg.* vbi cum testator quidam jussisset vt in æde sacrâ ab hæredibus suis poneretur signum Dei ex centum libris, & quæretur an ex ære vel argento illud signum poni deberet, deciditur, quod si in illa æde solum essent signa ærea vel argentea, quod argenteum ponendum sit. Hanc differentiam jure Canonico etiam obseruari, quod aliæ actiones sint bonæ fidei, aliæ vero stricti juris, defendunt *Sarmien. lib. 3. select. interp. c. 3. Gomez. ad §. actionum. Inst. de act. Godæ. de contr. stipul. c. 8. num. 24.* Dissentit *Cagnol. ad l. 2. C. de resc. vend.*

ASSERTIO

ASSERTIO LV.

Præsides prouinciæ mutuam pecuniam dare, fænusve excercere prohibentur, mutuam tamen pecuniam fænebrem licitè sumere possunt.

DECISIO hæc expressè traditur in *l. principalibus 33. & l. seq. ff. de rebus cred. tex. notab. in l. 3. C. Si cert. pet.* Cuius hæc sunt verba. Eos qui officia administrant, neque per se, neque per suppositas personas tempore officij sui, in prouincia fœnus agitare posse, sæpe rescriptum est. Ratio prioris decisionis duplex est: prima est, ne præsides quæstus studio à cura prouinciæ administrandæ auocentur. *arg. l. milites agrum. ff. de re milit.* Altera ratio est, ne per concussionem seu impressionem vel metu potestatis, subditi adigantur commercium aliquod exercere, & sic inuiti res suas alienare cogantur *l. penult. C. Quod met. causa.* Ratio posterioris decisionis, quâ permittitur præsidibus prouinciarum mutuum sub fœnore accipere, hæc est, ne subsidium inopiæ præsidibus auferatur, quod illis videretur eripi, si non possent ad subleuandas suas necessitates mutuam pecuniam sub vsuris accipere.

Aduersatur grauiter huic decisioni *l. quisquis C. Si cert. pet.* vbi judices siue magistratus prohibentur sub pœnâ exilii mutuum accipere, quæ pœna tam illi irrogatur qui mutuum accepit, quam qui dedit. Resp. Præsidibus prouinciarum, aliisque magistratibus mutuum accipere, item fœnori pecuniam sumere non licet à litigantibus, seu ab iis inter quos judicant, ne litigantes prætextu mutui leges & judicia redimere tentent, neve justitiam quæ gratis administrari debet, pretio corrumpant. Ab aliis verò apud se non litigantibus possunt magistratus mutuam pecuniam, vel sub fœnore tutò accipere, quia hoc casu cessat suspicio corrupti judicii. Præterea fieri posset, vt indigeat præses prouinciæ pecuniâ, quam nisi poterit fœnori accipere, quodammodò minuetur & labefactabitur ejus dignitas, & subsidium inopiæ ei auferetur. Ita respondent *Donel. ad l. præsidis 34. ff. de reb. cred. Pacius ad l. 3. nu. 9 C. Si. cert. pet. & cent. 3. Enantiop. quæst. 76.* Aliter respondet *Alcia. lib. 4. dispunct. c. 22.* qui tradit eam L. procedere in speciali casu, quando scilicet quis præsidi vel magistratui ambienti honorem vel dignitatem, pecuniam mutuam dederit, quo facilius eum honorem consequatur pecuniæ interuentu. Vnde eo casu vterque & ipse creditor mutuo dans, & præses mutuum accipiens exilij pœna coërcetur.

Secundò videtur obstare *d. l. præsidis ff. de reb. cred.* vbi officialibus & mi-

nistris præsidum permittitur mutuam pecuniam dare, & fœnus exercere: Si hoc licet ministris præsidum prouinciæ, multò magis ipsis præsidibus licere debet. Resp. Ideò licet præsidum & magistratuum officialibus mutuum dare & fœnus exercere, quia perpetui sunt. Absurdum enim & durum esset, si iis qui semper in officio manent, perpetuò interdicatur commercio mutui, sine quo vita hominum consistere non potest. Quod similiter non iniquum visum fuit in magistratibus Romanis, quia illi temporales erant & annui. Vnde & hodie magistratibus nostri temporis, si qui sunt perpetui, cum subditis licet contrahere, mutuum dando, emendo vendendo, aliisque modis. *arg. Auth. licentiam C. de Episc. & cler. l. pen. C. de dona. inter vir. & vx.* Quod eatenus verum est, quatenus de illorum impressione & violenta extorsione seu terrore subditis injecto non apparet *d. l. pen. C. Quod met. caus. Zaz. ad d. l. principalibus num. 15. ff. de reb. cred.*

ASSERTIO XLVI.

Minor sine auctoritate curatoris jusiurandum deferre potest.

QVÆRITVR an pubes curatorem habens, possit absque eo jusiurandum deferre: Et plerique doctores tradunt, sicut pupillum, ita nec puberem, si habeat curatorem, posse deferre jusiurandum per *l. 4. C. de reb. cred.* Quod non est eis temerè concedendum, cum illud nullo loco sit proditum: quin potius in cõtrarium traditur in *l. nam posteaquam 9. §. si minor. ff. de jureju.* puberi qui detulit jusiurandũ, necessariam esse restitutionem in integrum. Ergo jure detulit *d. §. si minor.* Et ne qua resideat dubitatio in specie *d. §. si minor.* puberem curatorem habuisse, argumentum est, quod jusiurandum detulit in judicio, quod nullum foret sine curatore. Valet ergò delatio jurisiurandi sine curatore facta, quod confirmatur hoc modo. Iusiurandum vim solutionis obtinet, vel potius, cui solui potest, is etiam juramentum deferre potest *l. 17. §. pen. & l. 21. & 27. ff. de jurejur.* At puberi solui potest sine curatore *l. ait prat. 7. §. 1. ff. de min.* Ergò pubes jusiurandũ deferre potest sine curatore, verum vtroque casu ei subuenitur restitutione in integrum, si captus sit.

Primò aduersatur, quod minori non permittitur alienatio rerum suarum absque auctoritate curatoris *l. 1. ff. de minor.* Sed dicendum quod in solutione, quæ fit minori, nihil alienat aut amittit minor, ideo quod suum recipit, & accipienti fit acquisitio quædam. Eadem est ratio jurisiurandi, quia solutionis loco cedit factæ minori *l. 27. ff. de jureju.* Si tamen nummi salui non fuerint, minor restitui poterit in integrum *l. ait pretor. 7. ff. de mino.*

Secundo

Secundo obſtat *l.3.C.de in integ.reſt.* vbi traditur, ſi minor curatorem habeat,& bona ſua ſine auctoritate ejus vendat, contractum ipſo jure non valere. Reſp. Illa lex de venditione impleta & perfecta loquitur, quod ſcilicet ſi minor habens curatorem res ſuas vendidit & tradidit, ſine curatoris auctoritate & conſenſu, ipſo jure nõ valeat venditio & alienatio,quia minor bona ſua ſine curatore alienare non poteſt.Cæterum minor habens curatorem, perſonam ſuam ſine curatore obligare poteſt, dum modò non ſequatur alienatio bonorum *l.puberes 101.de V.O.* Summa hæc eſt,quod minor etiam curatorem habens perſonæ ſuæ reſpectu ſe obligare poteſt,ſine auctoritate curatoris, Vnde & matrimoniũ rectè contrahere poteſt ſine auctoritate curatoris *l. incopulandis 8. C. de nupt. l.ſciendum 20.ff. de rit. nupt.* Item ſolui ei poteſt, & juſiurandum deferre ſine curatore poteſt, ſed bona ſua adminiſtrare aut alienare ſine curatore ſuo non poteſt. Tertio objicitur,quod prohibita alienatione bonorum minori,cenſentur ea quoque prohibita,per quæ peruenitur ad alienationẽ. Atqui vero ex minoris obligatione valida peruenitur ad alienationem bonorum,ſi is qui ritè obligatus eſt,nolit ſoluere. *l.5.§. ſi pupillus ſtipulanti ff. de reb. cor. qui ſub tute.* Reſp. Ea alienatio minus periculoſa eſt,quæ non niſi per iudicem & cauſa cognita fieri poteſt, & conſequenter ita demum ſi appareat iuſtam obligandi minoris cauſam fuiſſe, nec aduerſus eam obligationem reſtitutio in integrum ex iuſta cauſa poſtuletur. Ita notat *Cujac ad l.4. C. de reb. cred. & d. l. puberes, & lib. obſ. 19. c. 33.* A quo diſſentiunt *Duare. ad tit. de jureiur. c. 10. & Donel. c.4. Goda. in tracta. de contr. ſtip. c.7. concluſ. 14. & ad l. Princeps 20. ff. de V. S.*

ASSERTIO LVII.

Fidejuſſoris juſiurandum Reo prodeſt.

PROBATVM hæc deciſio in *l. in duobus 28. §. 1. ff. de iureiu.* in *l. vlt. §. ſi fideiuſſor. ff. eod.* vbi expreſsè traditur quod juramentum à fidejuſſore exactum, etiam Reo ſeu principali debitori proficiat, hac addita ratione, quia juſiurandum in locum ſolutionis cedit.

Sed objicitur *l.fideiuſſoris 23.ff. de pact.* vbi dicitur, quod fidejuſſoris pactum Reo non proſit. Reſp. Iuriſiurandi major vis & poteſtas eſt quam pacti,quia juriſiurandum habetur loco ſolutionis *l.iuſiurandum 27. ff. de iureiu.* Itaque quando fidejuſſor jurat ſe dare non oportere, quaſi ſoluiſſet, prodeſt hoc juſiurandum Reo principali, ac ſi reuera ſoluiſſet fidejuſſor. Quod & in acceptilatione receptum eſt, nam hæc duo, juriſiurandi præſtatio & acceptilatio

ceptilatio vim & effectum solutionis habent. *l. & per jusjurandum 13. §: si fidejussori ff. de jureiu.* Sed pactum fidejussoris reo non prodest, quia nullam ponit solutionem interuenisse, imò pacto de non petendo interposito, fatetur quis se debere, quod cum creditor illi tantum remittit, non debet ista liberalitas aliis prodesse. Sed quæritur, an cum juramentum fidejussoris prosit reo, an etiam fidejussor jurans habeat regressum in reum. Et verius est, eum non habere regressum, quia ad regressum vera solutio est necessaria, nam fidejussor contra reum reuerti non potest, nisi probet veram solutionem. Ita decidunt *Accurs. Bart. Iason & Costal. ad d. l. in duobus §. 1. ff. de jureju.* per text. in *l. si verò non remunerandi 12. in princ. ff. manda.* Nec obstat, quod juramentum succedat in locum solutionis, hoc enim verum est, quoad creditorem & debitorem jurantem, non autem quoad alios. Vide *Cujac.* de hac quæstione *lib. obseru. 22. c. 7.*

ASSERTIO LVIII.

Homo Christianus bonâ conscientia juramentum præstare potest.

IVSIVRANDVM est inuocatio nominis diuini, quâ petimus vt Deus sit testis nostræ asseuerationis, & puniat fallentes. Porrò quoties jusiurandum adhibetur ad confirmationem veritatis, licitè & legitimè à Christiano præstari potest. Omne enim jusiurandum quod ad stabiliendam veritatem tendit, quodque vel gloriæ Dei promouendæ, vel proximorum saluti adjuuandæ seruit, à Deo est approbatum, ideoque omninò seruandum. Probatur hoc auctoritate sacræ Scripturæ. Primò quia legitimum jusiurandum verbo Dei sancitur & jubetur. Sic enim *Deutero. 6.* scriptum extat: Dominum Deum timebis, & illum coles, jurabisque per nomen ejus, & *Deutero. 10.* Dominum Deum tuum time, & ei serui, adhære ei, & jura per nomen ejus. Huc pertinet quod propheta Dauid *Psalm. 15.* inter notas & indicia pij viri refert, si quis firmiter & inuiolatè iuramentũ custodiat, dum inquit: Quis habitabit Domine in tabernaculo tuo, aut quis requiescet in monte sancto tuo? Qui iurat proximo suo, & non decipit. Idem comprobatur *Psalmo 63.* dùm ait propheta: Rex autem lætabitur in Deo, & gloriabitur quisquis jurat per eum, vbi inter cultores Dei censentur, qui iurant per nomen eius. Idem confirmat Apostolus Paulus *ad Hebræ. cap. 6.* hisce verbis. Omnis controuersiæ finis est jusjurandum, ad confirmationem veritatis adhibitum. Secundò hæc decisio inde comprobatur, quia à sanctis in veteri & nouo Testamento jusiurandum rectè est adhibitum & vsurpatum. Sic *Genes. 12. vers. 24.* habetur. Dixitque Abraham

Abraham Regi Abimelecho, ego jurabo. Item *Iosue 9. vers. 15.* Iosue pacem feriit cum hostibus, & principes cœtus jurauerunt eis. Adhæc *1. Samuel. 24. vers. 22.* Iurauit Dauid Sauli, quod non excindet semen ejus, neque delebit nomen ejus de domo patris sui. Denique in nouo Testamento, Apostolus Paulus jurat, *Rom. 1. vers. 9.* hac forma: Testis est mihi Deus, cui seruio spiritu meo in Euangelio Filij ipsius, quod indesinenter meminerim vestri. Item *Galat. 1. vers. 20.* In iis quæ scribo vobis, ecce coram Deo non mentior, quæ etiam est jurisjurandi formula.

Contra hanc sententiam insurgunt Anabaptistæ, & asserunt juramenta Christianis omninò esse interdicta, & hoc modo turbant vincula politici ordinis. idque probare conantur ex *Matthæi cap. 5. vers. 34.* vbi ita habetur. Ego verò dico vobis ne juretis omnino, neque per cœlum, quia thronus Dei est, neque per terram, quia scabellum pedum ejus est. Esto autem sermo vester, etiam etiam, non non, quod vero supra hæc redundat, à malo est. Idem affirmatur *Iacobi 5. vers. 12.* hisce verbis. Fratres mei neque jurate per cœlum neque per terram, neque aliud vllum jusjurandum. Sit autem vestrum est est, & non non, ne in condemnationem incidatis. Resp. His testimoniis non omnia, sed temeraria, friuola, & non necessaria juramenta prohibentur. Hoc declaratur apertè ex scopo Christi, qui veram legis sententiam de juramentis à corruptelis Pharisæorum vindicans, non tantum perjuria, sed & leuia ac temeraria juramenta, in quibus vel directo vel indirecto nomen Dei, sub appellatione creaturarum exprimitur, arguit & condemnat. Nam Pharisæi obliqua sua juramenta eo prætextu excusabant, quia licet temerè per cœlum & terram jurarent, & fidem fallerent, tamen asserebant se perjuros non fieri; quia nomen Dei in juramento non expressérant. At Christus ostendit etiam tunc jurari per nomen Dei, cum cœlum & terra nominantur, quia nulla est pars mundi vel creatura, cui non Deus insculpserit gloriæ suæ notam. Deus enim non verba sed mentem & sententiam considerat, sicut ipse Christus *Matth. 23.* de hisce temerariis jurisjurandi formulis *vers. 16. 17. 18.* & sequentibus disertè & luculenter testatur. Eadem est Apostoli Iacobi sententia.

Sed contra solutionem instatur. Atqui Christus inquit, ne juretis omnino. Ergo omnia juramenta Christianis sunt interdicta. Resp. Fallacia est compositionis & diuisionis. Particula enim vniuersalis omnino, non ad verbum juretis, sed ad temerarias jurandi formulas est referenda, quasi diceret Christus, omnino non jurate neque per cœlum, neque per terram, vel aliis obliquis & indirectis modis, quibus Dei majestas non minus læditur, quam directis modis jurandi, dummodo superuacuo, in vanum, & temere juretur. Christus ergo futilia superuacanea & temeraria tantum juramenta damnat,

L quæ

quæ iustæ necessitati non seruiunt, neque ad proximi salutem vel Dei gloriam pertinent. Alióqui juramenta quæ illustrant gloriam Dei, vel ad propriam aut proximi salutem conseruandam pertinent, si sanctè reuerenter & sobriè ad veritatis confirmationem adhibeantur, licita, & omninò humanæ societati ad finiendas lites & controuersias vtilia sunt, & necessaria, quia hoc modo Christus & Apostoli eius sæpe jurarunt. Hoc etiam licet ab Ethnico, tamen graui scriptore, scilicet Isocrate in orat. ad Demonic. comprobatur, vbi inquit. Iusiurandum si postulabitur, duabus de causis dabis, vel vt te turpi crimine liberes, vel vt amicos è periculis eripias.

Tertio ex iure ciuili adfertur argumentum in contrarium, ex *l. quæ sub conditione 8. ff. de cond. inst.* vbi traditur quod si alicui sub conditione jurisiurandi legatum vel fideicommissum relinquitur, si videlicet juret se aliquid daturum vel facturum, quod juramenti conditio ei remittatur à Prætore. Resp. Ideò Prætor remittit conditionem jurisiurandi in eo casu, quia jurari nullius interest, dummodò is, qui jurare jussus est, voluntati testatoris pareat, & absque jurejurando, exequatur vel faciat illud, quod testator jurejurando præstito dari vel fieri voluit.

ASSERTIO LIX.

Iuramenta per vim & metum extorta, etiam à maioribus 25. annis nullius sunt momenti.

SACRAMENTA per vim extorta à prædone, nullius sunt momenti, nec etiam verbo Dei necesse est ea seruare. Hoc inprimis nominatim constituit Imper. Fridericus in *Auth. sacramenta puberum C. Si aduersus vend.* Idem jure Canonico confirmatur in *c. cum contingat, in fi. ex. de jurejur.* vbi traditur juramenta vi & dolo præstita non esse seruanda. Eandem sententiam manifestè confirmat *c. abbas. ex. de his quæ vi met cau.* vbi dicitur quod renunciatio beneficij per metum facta ipso jure non valet, etiam accedente juramento Confirmatur hæc quoque assertio clarissimè per *c. requisiuit 17. ex. de sponsal.* vbi statuitur matrimonium metu contractum ipso jure non valere. etiam interposito juramento. Denique euidenter hæc decisio comprobatur per *l. si mulier 21. §. si dos. ff. Quod met cau.* vbi traditur quod dotis promissio per metum extorta ipso jure non valet. Facit huc testimonium à Cicerone *in Officiis libro 3.* proditum, videlicet non teneri eum periurio, qui pretium prædonibus pro capite pactum non attulerit, ne si juratus quidem id non fecerit adducto illo versu Euripidis ἡ γλῶσσ᾽ ὀμώμοχ᾽ ἡ δὲ φρὴν ἀνώμοτος, id est, lingua juraui, mentem injuratam gero.

Sed

Sed aduersam partem defendunt doctissimi ICti. pariter & Theologi, qui volunt omne jusiurandum etiam per vim à prædone & latrone extortum, esse seruandum, si de re priuata & jure proprio jurantis agatur. Quæ sententia & notis sacræ Scripturæ locis defenditur, & manifesta ratione stabilitur. Primò pro ista decisione confirmanda facit generale præceptum Decalogi, quo prohibemur nomen Domini temerè & in vanum frustráque vsurpare. Deinde apertè eandem sententiam comprobat *Psal. 15.* vbi inter notas, quibus viri boni designantur ex verbo Dei, hæc vna recensetur, quod quis jurat proximo suo, & non mutat juramentum etiam cum damno suo. Præterea hæc firmissima ratio pro contraria sententia adfertur. Omne juramentum licitum, quod sine peccato seruari potest, est seruandum *c. cum contingat in fin. ex. de jureju.* Atqui qui prædoni etiam metu coactus jurat, hic jurato promittit de re sua, & de quo per leges pacisci licet, neque obseruatio huius promissi habet quid turpe & cum delicto coniunctum, quia licet vnicuique & sine iureiurando de re suâ pro arbitrio statuere. Vnde colligitur hoc genus iurisiurandi esse seruandum.

Hisce argumentis & objectionibus respondetur, quod loca illa sacræ Scripturæ, quibus traditur nomen Dei non esse vsurpandum temerè, item virum bonum id quod iurauerit, non debere mutare, cum hac exceptione sunt accipienda, dummodò iusiurandum sit licitum, aut dummodò id quod promittitur, non sit turpe & contra bonos mores, quo scilicet præstito Deum magis offendas, & nomen vel præceptum eius violes. Iuramentum enim contra bonos mores præstitum non est obligatorium *c. non est. de R. I. in 6.* Item iusiurandum non debet esse vinculum iniquitatis *c. quanto ex. de jureju.* Atqui vt quis cogatur præstare latroni, quod per vim vel metum extortum est, hoc turpe est, & contra bonos mores, ideoque iusiurandum tale iurantem non obligat. Quod autem turpe sit, comprobatur hisce duabus rationibus. Primo quia qui latroni dat promissum vi extortum, facto suo vim & metum, nec non latrocinia & rapinas comprobat: hoc autem facere est contra bonos mores *l. nihil consensui. 116. de R. I.* Deinde inhonestum est, latroni aliquid tanquam latroni dare. Nam prædo propter vim publicè malè meritus, dignus est qui egestate publicè laboret, non qui lucrum ex improbitate sua faciat, *l. bona fides 31. ff. de pos.* vbi dicitur, quod malè meritus publicè veluti prædo, vel capitalis iudicii reus, vt aliis exemplo ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet. Vera itaque & firma manet hæc sententia, etiam suffragante verbo Dei, Sacramenta per vim & iustum metum extorta etiam à maioribus nullius esse momenti. Ita eleganter decidunt *Donel. lib. 20. com. c. 13. Pacius 21. ad l. 2. nu. 13. C. de reb. cred. & cent. 3. σταυρῶσ. quæst. 80.* Dissentiunt *Petrus Martyr clas. 2 locor. commun.*

c.13 *in quæst* An fides latronibus data sit seruanda. *Danæus in Ethica Christiana Duare.* in methodica tractatione, *de Iureiur. c. vlt.* qui omnes tradunt juramentum à prædone per vim extortum esse seruandum *Fachin. lib. 8. contro. Iur. c. vlt.* item hac distinctione componit, quod juramentum vi metuve extortum obliget quidem in foro conscientiæ, sed non in foro externo ita vt propter hanc promissionem vi extortam apud magistratum conueniri promissor possit.

ASSERTIO LX.

Promissio per fidem Christianam facta, jurejurando æquiparatur.

ANCEPS & dubia est quæstio. An promissio sub fide facta, vt puta si quis promiserit sub fide suâ se aliquid daturum vel facturum, æquiparetur juramento. Est statuendum videtur fidei interpositionem juramento æquipollere: quia passim in jure hæc duo æquiparantur, & à pari procedunt, juramentum scilicet corporale, & fidei præstatio, seu promissio sub fide facta tex. sunt in *c. ad aures ex. De his quæ vi met cau.* in verbis nisi forte juramento vel fide interposita; *c. peruenit 3. ext. de jurejur.* in verbis, si promissum tuum juramento, vel fidei obligatione interpositâ conditione firmasses. Idem probatur in *c. peruenit, in fin. ext. de fidejuss.* in verbis si fidei religionem & juramentum eos violasse non constiterit, vbi eadem sunt & æquipollentia, venire contra fidem promissam & contra juramentum. Huc accedit, quod Deus inter simplicem loquelam seu sermonem nudum, & juramentum non facit differentiam. *c. juramenti. 22. quæst. 5.*

Sed opponitur *l. qui per salutem 33. ff. de jurejur.* vbi si quis juret per fidem ac salutem suam, non habetur pro eo, ac si per Deum jurasset. Resp. Obseruanda hic est & sequenda distinctio *Alciati* tradita in *l. si quis major 14. in verb. inuocato. C. de transact.* Aut quis promisit per fidem Christianam, aut simpliciter per fidem suam. Priori casu accipitur pro vero & legitimo juramento, habentque in tali formula promissionis, contra eum qui fidem datam violauit, omnes pœnæ perjurii locum *d. l. si quis major. in fin. C. de transact. c. querelam. Ne prælati vices suas* &c. Posteriori verò casu, quoad promissionis obseruantiam censetur quidem jurasse, ita vt hoc respectu paris sit efficaciæ sub bona fide facta promissio, cum juramento reuera præstito. Quoad pœnam verò differunt, quæ non perinde incurritur fractione fidei atque juramenti. Grauius namque & durius punitur violator juramenti, quam simplicis fidei & promissionis. *Gl. in c. penult. in verb. quod promisit, de jurejurando.* In pœnalibus enim, vt puta in pœna perjurii, fieri debet restrictio.

c. odia

c.odia de R. I. in 6. Approbat hanc distinctionem *Fachin. lib. 1. contro. c. 12.* Sanè notissimâ consuetudine Germaniæ receptum est, quod quando Principes illustres vel nobiles personæ aliquid promittunt sub principali vel nobilitatis fide, *bey Ihren furstlichen oder adelichen ehren vnd trauwen, oder gutten glauben.* quod hoc in omnibus vim jurisiurandi obtineat. Ita in Camerâ imperii judicatum esse notant *Minf. cent. 1. obseruat. 17. Gail. lib. 2. obs. c. 59.*

ASSERTIO LXI.

Actori in infinitum jurare licet, quando juramentum in litem præstat.

QVOTIES defertur actori jusiurandum in litem, quod fit cum agit ad restitutionem vel exhibitionem rei suæ, actione in rem vel in personam, & dolo vel contumaciâ aduersarii res ei non restituitur, tunc actor jurejurando in litem, rem de qua agitur æstimat pro suo arbitrio, sine ulla taxatione judicis, vnde & hoc vocatur juramentum affectionis. tex. sunt in *l. 2. §. 1. l. 5. §. 3. & l. 8. ff. de in litem jur.* eò quod actor jurat tanti se rem in judicium deductam æstimare, quanti sua in eam rem illi dictabit affectio. Itaque quoties per jusiurandum in litem res æstimatur, tunc quantitas intra quam juratur, non taxatur à lege, sed in infinitum jurari potest. *l. qui restituere. 68. ff. de rei vend.*

Sed aduersatur huic decisioni *l. 4. §. jurare, & l. 5. §. 1. ff. de in lit. jur.* item *l. 3. §. praeterea ff. Ad exhib.* vbi traditur, quod judex potest modum jurejurando adjicere, vt intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione in immensum juretur. Resp. Dupliciter. Primò quod quantitas intra quam juratur, non taxatur à lege, sed taxatio committitur arbitrio judicis, qui definit quantitatem, intra quam jurare liceat. Secundò dicendum, quod actori quidem in infinitum jurare liceat, quanti rem suam æstimet, hoc est nullus certus modus æstimationis in ea re à lege præscriptus & taxatus est *d. l. qui restituere.* Illud enim dicitur in jure infinitum quod Græcè ἀόριστον appellatur, quod certo tempore & modo non est finitum *l. vlt. C. de SS. Eccles.* Attamen in immensum, hoc est, vltra probabilem & æquum modum non licet jurare. Inmensum enim est, quod modum nimis excedit, & in quo nimium actor affectui indulget. vtpote si quis rem viginti tantum dignam, mille aureis æstimet. Itaque si in immensum juretur, tunc pro arbitrio suo judex taxationem in jurejurando præscribet, & certam summam præfiniet, ad quam actor jurabit. Approbat, & sequitur *Faber de error. pragmat. decade 18. erro. 9.*

Secundò objicitur *l. 4. §. item videndum. ff. de in lit. jur.* vbi traditur, quod judex

iudex potest eum contra quem iuratum fuit, absoluere, vel minoris condemnare, quam aduersarius dato iureiurando rem æstimauerit.

Cui legi iterum obstat *Auth. post jusjurandum C. de judic.* vbi sancitur quod post iusiurandum præstitum non licet iudici amplius taxare, sed necesse habet iudex secundum quantitatem qua iuratum fuit, condemnare. Distinguendum est inter iuramentum affectionis, & iuramentum veritatis. Quando præstatur iuramentum veritatis, vt quando actor iurat se tot expensas in lite fecisse, huic iureiurando oportet stare, nec potest illud retractari, ne periurii arguatur is qui iurauit *l. quod si deferente 31. ff. de dolo. l. aduersus 15. ff. de doli except.* de quo iuramento loquitur *d. Auth. post jusjurandum.* Quoties verò præstatur iusiurandum affectionis, vt in iureiurando in litem accidit, hoc retractari potest, quia tunc non arguitur periurii is qui iurauit, sed immodicæ affectionis quam habuit erga rem, de qua iurauit, à iudice moderatio adhibetur.

Tertiò obiicitur *l. vnic. C. de sent. quæ pro eo quod interest &c.* quia cauetur, non licere actori in æstimando id quod interest, excedere duplum rei in obligationem aut petitionem deductæ. *Resp.* Hoc iusiurandum in litem non de eo quod interest actoris, præstatur, sed definit quanti actor rem æstimat pro arbitrio & affectu suo: quæ res inter se vt contrariæ opponuntur *l. tutor. ff. de in lit. jur. l. non à judice ff. de judic.* Præterea in hoc iureiurando contumacia non restituentis punitur tanquam delictum: sed *l. vnic. C. de eo quod interest,* ad casus incertos, in quibus versatur delictum, non pertinet.

ASSERTIO LXII.

Filiusfam. SC. Macedoniano renuntiare non potest contra ZAZIVM.

CAVTVM est SC. Macedoniano, ne creditoribus liceret filiisfam. mutuas pecunias dare, ita vt si quis filio in patria potestate constituto mutuas pecunias dederit, ei neque in patrem, neque in filium etiam patria potestate liberatum nulla competat actio. Huic SC. causam dedit improbus fœnerator Macedo, qui flagitiosè adolescentibus filiisfam. pecuniam ad quemuis luxum incertis nominibus credebat, sic vt tandem filii ære alieno obruti, in quoduis flagitium, ac mortis etiam paternæ cogitationem impellerentur, quod ipsi egentes & creditorum improbo fœnore exhausti, hæreditatem paternam creditoribus in solutum cedere possent, *§. penult. Inst. Quod cum eo qui in aliena potest.* Cui malo salubre remedium inuentum est SC.Ma-

SC. Macedoniano, denegatá creditoribus mutui actione seu exactione *l. 1. ff. ad SC. Maced.* Melius enim est iuueniles calores coarctari, ne libidini dediti tristem sortiantur exitum, qui eos post diffusum extet patrimonium *l. n n f lum, 8. §. filiis autem familias. C. de bo. quæ liber.* Disputatur autem acriter à DD. vtrum huic SCto. filiusfam. renuntiare possit. Et non posse eum renunciando beneficium hujus SC. amittere, communi DD. calculo receptum est. Ita notant *Gl. & Bart. ad l. tametsi, ff. ad SC. Maced.* quos ferè reliqui DD. cateruatim sequuntur. Confirmatur hæc decisio duobus fortissimis argumentis & textibus. Primò probat hanc sententiam, quod hoc SCtum respiciat vtilitatem publicam, ne videlicet filiorum mores, pecuniá mutua supra probabilem modum illis credita, & ita luxuriæ causa subministrata, pessimo exemplo corrumperentur. *l. 1. ff. ad SC. Maced.* Ideóque priuatorum pactis, huic juri vtilitatis publicæ causa statuto & introducto renuntiari non potest, *l. jurisgentium 7. §. si paciscar. ff de pact.* Secundò stabilitur hæc conclusio per *l. tametsi 11. ff. ad SC. Maced.* vbi traditur filiumfam. posse opponere hanc exceptionem post sententiam. Itáque cum omnes exceptiones debeant regulariter opponi ante sententiam, & allegatio hujus exceptionis admittatur nihilominus post sententiam, cum jam tempus proponendis exceptionibus præfinitum, elapsum sit, hinc consequitur filiumfam. non posse tacitè exceptioni Macedoniani renuntiare, dum sciens passus est tempora proponendæ hujus exceptionis elabi & effluere. Ergò nec expressè filiusfam. renuntiare poterit huic SC. quia taciti & expressi eadem est virtus *l. 3. ff. de reb. cred.* Hæc sententia, quod filiusfam. beneficio SC. Macedoniani renuntiare non possit, communiter est à DD. recepta, vt attestantur *Gomez. tomo. 2. varia. resolut. c. 6. num. 2. Fabin. lib. 2. contro. c. 61.* A qua tamen discedit *Zazius lib. 2. sing. resp. c. 18.* Tria ejus argumenta præcipua sunt hæc. Primum est. Pares sunt exceptiones SC. Vellejani & Macedoniani. Sed mulier renuntiare potest SC. Vellejano *l. vlt §. penult. ff. ad SC. Velleja.* Ergò & filiusfam. Macedoniano SCto. renuntiare potest. Resp. Dissimilia hæc sunt: Nam SC. Vellejanum introductum est in fauorem mulierum intercedentium, atqui quilibet potest fauori pro se introducto renuntiare *l. penult. C. de pact.* At SC. Macedonianum sancitum est, vt prospicietur bonis moribus juuenum, ne videlicet illi creditorum fraudibus & insidiis contumpantur, dum illis ad turpem luxum pecunias subministrant. Itaque cum hoc SCtum commodo publico consulat, nequaquam illi pacto seu renuntiatione filiifam. derogare possunt. Huc accedit, quod SCto Vellejano nuda causa bonorum contineatur. Macedoniano vero SC. scelerum causæ, mali mores, pessima exempla, fœdæ bonorum dilapidationes patricidii metus, & alia id genus, atrocia delicta præcauentur.

Sæpe

Sæpe enim hac occasione vsuuenire videmus, vt obrutus ære alieno, & deliciis, compositionibus, scortationibusque assuetus, & flagitiosam vitam degens filius ante diem patrios inquirat in annos. Quod & comprobat Imp. Iustinianus in §. *vlt. Inst. Quod cum eo qui in alie. potest.* vbi ita dicit. Quæ ideò senatus prospexit, quia sæpè onerati ære alieno creditarum pecuniarum filijfam. quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.

Secundum argumentum hoc est. Filiusfam. in foro conscientiæ, vt vocant. peccat mortaliter, si mutuum non restituat. Ergò renuntiare potest exceptioni, quam habet ex SCto Macedoniano. Ita tradit *Innoc. in cap. quia plerique ex. de immunitate Ecclesiæ.* Resp. Aut filius ob iustam & probabilem causam mutuum accepit, & in necessarias vtilesque causas pecuniam mutuam exposuit, & hoc casu bona conscientia hac exceptione vti non potest, licitéque illi renuntiat. text. sunt notabiles in *l. in pupillo 47. §. fin ff. de solut. l. Macedoniani C. ad SC. Maced.* Aut ob nullam iustam causam filius mutuum accepit sed in vanos, superfluos & inutiles vsus pecuniam expendit, & hoc casu bona conscientia hac exceptione vti potest, illique frustra & inutiliter renuntiat. Ita decidunt *Panorm. in d. c. quia plerique de immu. Eccles. Emanuel à Zoarez in addit. ad Gomez. to. 2. c. 6.*

Tertium argumentum à Zazio tale adfertur. Odiosa est exceptio SC. Macedoniani, & in odium creditorum filiosfam. fœnerantium introducta *l. qui exceptionem 40. ff. de cond. indeb.* Ergo ei renuntiari potest, quia odia restringi & coarctari debent. *c. odia, de R. I. in 6.* Resp. Negando consequentiam, quia si renunciari posset huic SC. inanis esset prouisio legis, & filiorumfam. nequitiæ & corruptioni magna fenestra aperiretur, & occasio delictorum inde nasceretur, vnde iustitia & æquitas expectari deberet, quod præcauere in animum induxerunt legislatores. Vnde quod recta via fieri prohibetur, id non debet indirectè & per obliquum admitti. *c. cum quid vna. de R. I. in 6.*

ASSERTIO LXIII.

Sequestratio regulariter jure prohibita est.

CONFIRMATVR hæc assertio per *l. vnic. C. de prohib. sequest. pecu.* cuius hæc sunt verba. Quoties ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat. Oportet enim primò debitorem conuinci, & sic deinde ad solutionem pulsari. Qua lege cauetur, ne pecunia, quæ aliqua condictione seu actione personali petitur, sequestro deponatur. Vt puta si petam abs te pecuniam ex mutuo, vendito, vel stipulatione, non possum te cogere, vt pendente lite deponas eam pecuniam apud judicem. Ratio

Ratio duplex est, quia primò conuincere oportet debitorem, tum cogitur soluere. *l. negantes 9. C. de obligat. & actio.* Interim non est permittenda sequestratio, quia ab executione non est inchoandum iudicium *l. 1. C. de execut. rei iud.* Altera ratio est, quia pendente lite commodo suæ possessionis nemo priuandus est. *c. 1. ex. vt lit. pend. nih. inno. l. vlt. C. de rei vend.* Est autem sequestratio, depositum, quo à pluribus in solidum alicui res litigiosa vel ex partium consensu, vel officio iudicis custodienda committitur, ea lege, vt victori ea res reddatur, *l. proprie 6. l. licet 17. ff. depos. l. sequester 110. ff. de V. S.* Porrò regulariter, vt dixi sequestratio prohibita est, quia possessor pendente lite non debet à sua possessione remoueri. *c. 2. ext. de sequ. possess.*

Opponitur primò *l. si fideiussor 7. §. vlt. ff. Qui satisd. cog.* vbi traditur, quod si petatur res mobilis, & persona suspecta sit, tunc apud Prætorem deponi & sequestrari debet. Resp. Eo demum casu admittitur sequestratio, si petatur res mobilis, & possessoris fides suspecta sit de fuga vel dilapidatione, & non satisdet iudicio sisti, vel iudicatum solui, tunc enim res pendente lite sequestratur. *d. l. 7. §. vlt.*

Secundò obiicitur *l. Imperatores 21. §. vlt. ff. de appellat.* vbi deciditur, quod fructus qui ab aduersario diripiuntur, pendente appellatione sequestro ponendi sunt. Resp. Quoties à sententia appellatum est, tunc si possessor condemnatus appellauit, fructus agri sequestrantur, possessione apud appellantem remanente. *l. ab executione C. Quor. app. non recip.* Si verò petitor condemnatus appellauit, fructus non sequestrantur, nisi depopulentur ab aduersario *d. l. Imperatores §. vlt. ff. de appel. Cuiac. lib. 5. sent. Paul. c. pen. vlt.*

Tertiò opponitur *l. si cum dotem 22. § si verò ff. Solut. matr. & l. in rebus 30. in fin. C. de iure dot.* vbi sequestratur dos, si maritus dissipet dotem, & vergat ad inopiam. Resp. Tunc demum dos sequestratur constante matrimonio, quæ constat rebus mobilibus, vel fructus prædiorum dotalium, si maritus eos dissipet, & incipiat labi facultatibus, ad hoc vt mulier ex ea dote habeat competens solatium vna cum sua familia. *d. l. si cum dotem. §. si verò.*

Quartò aduersatur *l. si cuius 13. §. sed si inter. ff. de vsufruct.* vbi sequestratio admittitur, quando inter duos de alicuius fundi possessione controuersia est, & vterque vult fructus percipere, & periculum est, ne vtraque pars vi possessionem inuadat, & sic ad arma & rixas litigatores procedant, tunc iudex interim fundum cum fructibus sequestrabit, donec de possessione lis finem accipiat. Resp. Hæc sequestratio tum demum procedit, quando dubium est, vter litigantium possideat. At vero cum certum est alterum tantum possidere, tunc si aduersarius moueat illi quæstionem possessionis, judex non debet sequestrare fundi possessionem cum fructibus, sed interdicet sub certa pœna aduersæ parti, quæ non possidet, ne possessorem impediat vel turbet in sua

quietâ possessione *arg. l. 1. ff. Ne vis fiat ei qui in pos. mis. l. penult. ff. de aqua quotid. & æst.* Quæ opinio summâ æquitate fundatur, alioqui enim posset quilibet per malitiam fingere rixam & turbas imminere, vt aduersarius commodo possessionis priuaretur, malitiis autem hominum non est indulgendum. *l. in fundo 38. ff. de rei vend.* Ita eleganter tradit *Ferra. in pract. in for. sequestr. num. 3.* Plures casus, quibus licita est sequestratio, vide apud *Gl. in c. 2. ex. de sequ. poss. & Coras. lib. 3. misc. c. 2. Robert. lib. 1. sentent. iur. c. 5.* Denique notandum vnicum esse remedium euitandi sequestrationem, si videlicet is, contra quem sequestratio petitur, paratus sit satisdare, id est fidejussores dare, de iudicio sisti, vel de re petitâ conseruandâ integrâ; *l. vlt. C. de ord. cogn. l. litibus, C. de agric. & cens. lib. 11. l. SCto 16. ff. de off. praes. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. Qui satisd. cog.* Vide de requisitis sequestrationis plenè apud *Minsing. centur. 5. obser. 35. & cent. 2. obs. xi. Andr. Gail. lib. 1. obser. c. 148. & c. 12. de Arrestis imperij. num. 1.*

ASSERTIO LXIV.

Pro re apud sequestrum depositâ, finitâ sequestratione restituendâ, competit deponentibus actio depositi sequestraria.

SEQVESTRATIO est rei litigiosæ à duobus vel pluribus apud sequestrem facta depositio, eâ conditione, vt tamdiu, dum lis durat, eam custodiat, & postea victori reddat, *l. sequester. 110. de V. S. l. 5. §. 1. l. 6. 17. & penult. ff. depos. l. 9. §. Labeo. ff. de dolo.* Hac sequestratione finitâ, datur sequestro deponenti ad rem sequestratam restituendam, actio depositi sequestraria. Eaque actio datur vel victori lite finita, vel illi qui conditionem impleuit, sub qua sequestrum factum est, contra sequestrem, qui rem custodiendam accepit. tex. in *l. propter 5. C. depos. & in l. 5. §. 1. l. si in Asia 12. §. cum sequestre ff. eodem d. l. 9. §. Labeo. ff. de dolo.* Porrò tunc demum competit actio depositi sequestraria, cum duo vel plures apud sequestrem rem aliquam deponunt. Cæterum si vnus solum deponat, agetur vulgari actione depositi, quia tunc non est sequestrarium, sed vulgare & simplex depositum. *l. si apud 18. ff. de praescript. verb. Pacius ad l. 5. C. depositi.*

Sed cum hac sententia pugnat *d. l. si quis. 9. §. Labeo. ff. de dolo.* vbi traditur ex sequestratione competere actionem præscriptis verbis, contra sequestrem. Resp. Tunc demum competit actio depositi sequestraria, cum sequestrum perfectum & impletum est, hoc est, cum lis finem accepit per sententiam, vel conditio sub quâ sequestratio facta est, adimpleta est. Actio enim sequestraria victori tantum datur, vel ei, qui conditionem sub quâ sequestra-

ſequeſtratio facta eſt, adimpleuit *d.l. 5. §.1. ff. depoſ.* At vbi per alterum litigatorum ſtat, quo minus lis finem accipiat, tunc quia conditio ſequeſtri nondum impleta eſt, competit præſcriptis verbis actio contra ſequeſtrem, *d. §. Labeo.*

Secundò obſtat *l. ſi gratuitam* 17. §. *vlt. ff. de præſcript. verb.* vbi agitur actione præſcriptis verbis contra ſequeſtrem, qui annulos depoſitos victori non reddit, etiam conditione depoſitionis impletâ. Reſp. Ibi non eſt propriè ſequeſtrum contractum, quia vna res duntaxat, eaque litigioſa apud ſequeſtrum deponitur. At ibi duo ſponſione certantes ſinguli annulos ea lege depoſuerunt, vt victor pro præmio victi annulum auferret: quo caſu non eſt propriè ſequeſtrum contractum, quia in ſequeſtro vna tantum res eaque litigioſa deponitur. At ibi nulla de annulo lis mota erat, neq; vna tantum res depoſita erat, ſed duo ſponſione certantes, eâ lege ſinguli annulos depoſuerunt, vt victor pro præmio victi annulum auferret. Quo caſu quia non eſt propriè ſequeſtrum, tutius eſt præſcriptis verbis experiri *l. ſi apud* 18. *ff. de præſcr. verb.* Eleganter *Forner. ad l. ſequeſter* 110. *de V. S.* Porrò illud obiter notandum ex *d. l. ſi gratuitam* §. *vlt. ff. de præſcr. verb.* Quod quoties duo certant vel ſponſionem faciunt pignore aliquo depoſito, ſub iſtâ conditione, vt qui victor futurus erit, certam rem ab aliquo lucretur, ex hoc contractu ſponſionis vulgò dicto *ein vvedtſpiell*, competere actionem præſcriptis verbis, dummodò cauſa ſponſionis ſit licita & honeſta.

ASSERTIO LXV.

Deportatus ſiue excommunicatus mandatum contrahere non poteſt.

DEPORTATI & banniti, quia ciuiliter pro mortuis habentur, ideò mandare non poſſunt. Quæ ſententia etiam ex eo fundatur & ſtabilitur, quia deportati poſt ſententiam proſcriptionis nihil proprium habere poſſunt, ſed omnia quæcunque acquirunt, ea ipſa fiſco acquirunt *l. 2. C. de bon. proſcript.* Ergo nihil habent, de quo contrahere poſſint.

Sed grauiter obſtat huic ſententiæ *l. ſi mandauero* 22. §. *is cujus. ff. mandati.* vbi decidit IC. quod is cuius bona publicata ſunt, mandare alteri poteſt, vt ea ſibi emat, & ſubjungit hanc rationem IC. quia publicatis bonis quicquid poſtea acquirit, non ſequitur fiſcum, quæ lex omnino pugnat cum *d. l. 2. C. de bon. proſcript.* quæ ſtatuit deportatorum bona etiam poſt ſententiam acquiſita, ad fiſcum pertinere. Reſp. Ex ſententia Cujacii, quod in *d. §. is cujus. ff. manda.* agatur de eo, cujus bona publicata ſunt, ſine maxima vel media capitis diminutione, vt puta de relegato, non de deportato.

 Deporta-

Deportatum sequitur omnium bonorum publicatio, nihilque sibi acquirere potest. post deportationem quoque, quia omnia fisco acquirit. Aliud dicendum est in relegato, qui non patitur maximam vel mediam capitis diminutionem, vnde & relegatus post relegationem bona sibi acquirere potest,& per consequens alteri mandare potest,vt sibi quid emat, vel ex alio contractu acquirat. Ita conciliant *d. l. 2. C. de bon. proscript.* cum *d. l. si mandauero. §. is cuius 13. ff. mandati. Cujac. ad l. 8. ff. Qui testam. fac. poss. & ad tit. C. de bo. proscrip. in paratit l. & lib. 6. Obser. c. 22.* & nouissimè *Fachin. lib. 9. contro. iur. cap. 51.* vbi latè & eleganter hanc controuersiam pertractat. His adde *Tobiam Nonium in princ. tit. Inst. de testa. ordin. nu. 9. Gothofr. ad d. l. 22. §. is cujus.*

Secundo obiicitur tale argumentum. Deportati retinent ea quæ sunt juris gentium, licet amittant ea quæ sunt juris ciuilis. *l. sunt quidam 17. ff. de pœn.* Sed mandatum est iuris gentium, sicut & alii ferè contractus omnes *l. ex hoc jure. ff. de iust. & jure.* Ergo deportatus mandatum contrahere potest. Resp. Etsi contractus mandati sit iuris gentium, tamen quia actiones ex contractibus descendentes sunt iuris ciuilis, ideò frustra deportati & exules mandant aliis negotia gerenda, quia ipsi in iudicio agere vel conuenire alios non possunt, cum in ciuitate esse non possint. Eatenus tamen videntur mandatum contrahere posse deportati, quod actionem ex mandato quæsitam aliis cedere & vendere possunt. Idem enim obtinet in excommunicatis, qui quanquam non agant,tamen actiones suas aliis cedere possunt, & cessionario rectè actio accommodabitur. *c. intelleximus ex. de judic. Glo. sing. in c. 1. §. 1. de jure patro. lib. 6. Costal. ad d. l. 22. §. is cuius. ff. mandati.*

ASSERTIO LXVI.

Mandatarius vltra id, quod mandati fines excedens, vtiliter gessit, habet actionem negotiorum gestorum.

MANDATARIVS diligenter & præcisè mandati fines obseruare debet *l. cum mandati 12. C. Manda. l. si procurator 10. C. de procur.* Quod adeò verum est, vt quamuis procurator recedendo à forma mandati, fecerit domini conditionem meliorem, nec dum tamen ei competat actio mandati. Hinc si quis mandauit procuratori suo, vt sibi domum Sejanam emeret centum aureis, isque Titianam, quæ longè maioris est pretii emerit eodem pretio vel viliori, tamen non censetur mandatum implesse, ideóque nec mandati actionem

actionem habebit *l. diligenter 5. ff. Manda.* Sed illud controuertitur ab interpretibus, an si mandatarius excedens fines mandati, vtiliter gessit negotia domini, licet non possit agere contraria actione mandati, an tamen negotiorum gestorum actione experiri possit contra dominum. Vt puta si dominus mandauit procuratori suo, vt sibi emeret domum centum aureis, isque pluris emit, cum tanti valuerit, habebitne pro superfluo actionem negotiorum gestorum? Et dicendum est, verius esse & probabilius, competere procuratori actionem negotiorum gestorum, eò quod vtiliter saltem gessit negotia domini, absque mandato. per *l. 2. & l. quæ vtiliter 45. ff. de negot. gest.*

Verum huic decisioni grauiter obstat *l. liberto 31. §. libertos. ff. de neg. gest.* vbi dicitur, quod jussus impendere certam summam in extruendum monumentum, si plus impendit, non repetit negotiorum gestorum actione: Item obstat *l. si creditor 36. §. 1. ff. de peculio.* vbi traditur, si seruus plus impendit in rem emendam, quam jussit dominus, id quod plus impendit, dominus vendicat, & repetit à venditore. Denique aduersatur *l. vlt. C. de neg. gest.* vbi sancitur, quod si quis nolente & prohibente domino negotia ejus gesserit, & pecunias aliquas impenderit in ejus negotia, nullam eum habere contra dominum negotiorum gestorum actionem. Resp. Hæc discrepantia legum tali distinctione conciliãda est. Aut dominus specialiter prohibuit, ne ejus negotia gereret, vel ne domum pluris quam præscripsit, emeret, & hoc casu negotiorum gestorum actio gestori non competit, quamuis rem domini benè gesserit. Hoc Iustinianus vna ex 50. decisionibus in *l. vlt. C. de N. G.* secutus Pomponii & Iulii Pauli sententiam, in *l. si pro te 40. ff. Mandati.* definiuit. Aut dominus specialiter non prohibuit ne ejus negotia administraret, vel ne domum verbi gratia pluris quam mandauit, pro eo emeret, vel venderet, & negotium ejus vtiliter gestum est, hoc casu verius est actionem negotiorum gestorum competere *d. l. 2. l. Pomponius 9.* in verb. quemadmodum quod vtiliter gestum est, necesse est à judice pro rato haberi, & *l. quæ vtiliter 45. ff. de negot. gest.* Si verò inutiliter gessit negotia, hoc casu non repetit gestor, id quod impendit. *d. l. liberto 31. § libertos. ff. de neg. g. st.* Quæ opinio summa æquitate nititur, ne dominus locupletur cum injuria & damno gestoris. Ita decidunt *Castrens. in d. l. vlt. Faber Baro & Mins. ad §. is qui exequitur. instit. Mand.* Postremo objicitur *l. 3. §. in bello. ff. de re milit.* vbi dicitur quod qui mandatum ducis non secutus, rem in bello etiam fœliciter gessit, capite punitur. Resp. Hoc procedit in iure belli, quod publicum est, & in quo ob periculum Reipub. ipsius dux punitur, etiamsi vtiliter præter jussum Imperatoris & fæliciter pugnauerit. Namque & alias in publicis plerumque à priuatis diuerso jure vtimur. Sic Manlius Torquatus filium è medio sustulit, quod cum hoste contra præceptum suum dimicasset, hostemque

 superasset,

superasset, satius esse iudicans patrem forti filio, quam patriam militari disciplina carere. *Val. Max. lib. 2. c. 2.* de discipina militari. Sic etiam Posthumius dictator A. Posthumium filium, quia non suo iussu, sed sua sponte egressus hostes fuderat, victorem feriri securi iussit, vt scribunt *Liuius lib. 1. Gell. lib. 17. noct. Attic. c. vlt. Val. Maxim. lib. 2. c. 7.*

ASSERTIO LXVII.

In vendentis vel ementis arbitrium collatâ emendi conditione, venditio nulla est.

HÆC assertio comprobatur per *l. in vendentis* 13. *C. de contr. empt.* vbi traditur, quod venditio in alterutrius contrahentium voluntatem collata non valet, quodque neuter ad hujus contractus implementum cogi potest. Hinc venditio hoc modo contracta, vendo tibi hanc rem pro pretio quo volueris, vel quanti æstimaueris, quanti æquum putaueris, inutilis & nulla est *l. quod sæpe 35. §. 1. ff. de cont. empt.* Similiter si conueni cum Titio, vt fundus meus sit ei emptus 100. aureis, si placuerit ipsi eum tanti emere, & si postea me pæniteat, Titius autem dicit, se pro illis centum emptum habere velle, quæritur an possim compelli, vt vendam ei pro pretio conuento. Et dicendum, quod nulla & inutilis sit talis venditio. Ratio est, quia substantialis pars contractus non potest in voluntatem vel arbitrium alterutrius contrahentium conferri. Nam cum obligatio sit juris vinculum, quo necessitate astringimur alicujus rei soluendæ inutilis est contractus, imperfectáque obligatio, quæ nullá necessitate astringit contrahentes. *l. sub hac 8. ff. de obligat. & act. l. stipulatio* 17. *ff. de V. O.*

Opponitur *§. penult. Inst. de empt. & vendit.* vbi dicitur, quod valet hæc venditio. Vendo tibi Stichum pro aureis tot, si tibi Stichus infra mensem placuerit, cum tamen illa emptio conferatur in arbitrium emptoris. Atqui venditor illi venditioni stare cogitur, emptore intra condictum spacium consensum declarante. *Resp.* Ideò valet ista emptio, quia non purè & absolutè confertur pretium in arbitrium emptoris seu debitoris, sed ad tempus, & sub conditione, si videlicet emptor intra certum tempus consensum suum declarauerit. Ideóque propter adjectionem temporis valida est emptio, quia non habet perpetuam causam nullitatis.

Secundò obstat *l. vlt. C. de contr. empt.* vbi valet venditio, si quantitas pretii conferatur in arbitrium tertii: ergò & videtur poni posse pretium in arbitrium contrahentium. *Resp.* Diuersa hæc sunt, quia in personam tertii, seu ex-

ſeu extranei ideò poteſt collocari æſtimatio ſeu definitio pretii, quia veriſimile eſt tertium, æquum ſeu moderatum pretium ſtatuturum, ſed non eſt probabile alterutrum contrahentium pretium ęquum, ſed potius ſibi maximè commodum arbitraturum.

Tertio objicitur *l. in personam 22. §. generaliter. de R. I.* vbi dicitur, quod in omnibus bonæ fidei judiciis, vbi quid confertur in arbitrium domini, hoc eſt contrahentis, pro boni viri arbitrio id accipiendum erit. Ergò pretio collato in arbitrium contrahentis, illud pretium ſtatuit debet, quod bonus vir arbitrabitur. Reſp. Illa regula intelligenda eſt, quoties adminicula contractus conferuntur in arbitrium alterius ex contrahentibus. Accidentalia namque venditionis poſſunt conferri in arbitrium contrahentium, & tunc recurritur ad arbitrium viri boni, ſiue quis nullo modo arbitretur, ſiue arbitretur, ſed iniquè; Vnde valet hæc venditio, vendo tibi ſeruum, ſi rationes arbitrio meo ſiue domini reddiderit, quæ conditio vtiliter emptioni adjicitur, & pro eo habetur, ac ſi viri boni arbitrium in emptione comprehenſum eſſet. *l. hæc venditio 7. ff. de cont. empt.* Similiter in ſocietate conſtitutio partium lucri & damni, in locatione operis approbatio, poſſunt in arbitrium contrahentium, tanquam viri boni conferri *l. ſi in lege 24. ff. loca. l. ſocietatem 6. & 76. ff. pro ſocio.* nam & ſine iis poteſt contrahi locatio & ſocietas. Verum ſubſtantialia contractus, vt pretium in emptione merces in locatione, non poſſunt in arbitrium contrahentium conferri.

ASSERTIO LXVIII.

Ius retractus neque in re à judice creditori adjudicatâ, neque in re donatâ locum habet.

IVs protomiſeos ſeu retractus, eſt jus quo proximiores conſanguinei, conſortes vel vicini rem immobilem venditam eo pretio oblato, quo res vendita eſt, intra annum & diem retrahere & ad ſe reuocare poſſunt. Hoc jus retractus lege Cæſarea reprobatum eſt, per *l. dudum. C. de cont. empt.* ſed conſtitutione Imperatoris Friderici denuò reſtitutum. *tit. per quos ſi. inueſt. lib. 2. feud. tit. 3. & c. 1. §. ſi Titius. Si de feud. def. ſit contr. int. dom. & agna. lib. 2. feud. tit. 26.* vbi ſtatuitur, quod proximi agnati poſſint feudum à vaſallo venditum, reſciſſa venditione, eodem pretio redimere, & ad ſe reuocare. Moribus etiam paſſim hoc jus in nonnullis Belgii prouinciis, puta Hollandia & Friſia, item in Gallia vſu iterum receptum & approbatum eſt. Quæ conſuetudo optima nititur ratione, vt res majorum maneant in noſtra familia. Triſte enim & lugubre eſt, videre paternas domos & antiqua majorum

majorum prædia in extraneas manus deuenire. *l. lex quæ tutores. 22. C. de administ. tuto. l. si in emptione 35. ff. de minoribus.* Eáque consuetudo est & jure Canonico confirmata. *c. constitutus. ex. de restit. in int.* sed & jure diuino corroborata est. Nam *Leuit. 25.* dixit Dominus. Si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, & voluerit propinquus ejus, potest redimere quod ille vendiderit. Concor. *Ruth. 4. Item Ierem. c. 32.*

Quæsitum autem est inter DD. An jus retractus habeat locum, si res non vendita sit, sed creditori dati in solutum, an tunc à proximioribus retrahi possit? Et in hac dubia quæstione hæc distinctio tanquam verior tenenda est. Aut datio in solutum fit sponte à partibus seu contrahentibus, vt in *l. pretii C. de rescind. vendit. l. eum à quo. C. de solut.* & cum hæc venditionis vicem obtineat, *l. eleganter 24. ff. de pign. act. l. si prædium 4. C. de euict.* ideò in ea perinde atque in venditione jus retractus locum habet. Aut datio in solutum fit à judice, vt cum ex rebus debitoris vna creditori adjudicatur pro quantitate debita, *l. à D. Pio. §. si pignora. ff. de re judic. l. vlt. C. de ju. dom. imp.* & tunc jus retractus locum non habet. Ita post *Specul. Alex. & Iason.* decidit *Coras. lib. 3. Miscel. c. 3. num. 2. And. Tiraquell. de retraict lignagier. §. 1. Glos. 14. num. 8.* Pro hac sententia facit, quod generaliter in jure traditur, quod quoties alienatio in legibus prohibetur, hoc de voluntaria alienatione, non verò eâ quæ ex necessitate fit, est accipiendum *l. Diuus. ff. de pet. hæred. l. alienationes 12. ff. Fam. ercisc. l. 1. ff. de fund. dot. l. 2. C. eo. l. peto. §. prædium. ff. de legat. 2.*

Duo argumenta obstant huic sententiæ. Primò obiicitur, quod hæc consuetudo, quæ introduxit jus retractus, est odiosa, quia tendit ad rescindendum contractum, quem tamen partium consensu absolutum, ne quidem Principis rescripto extingui oportet: *l. 3. C. de resc. vend.* vnde à venditione, quæ est actus voluntarius, ad dationem in solutum, actum scilicet necessarium, non est facienda extensio. *l. rem legatam. ff. de adim. lega.* Resp. Hæc consuetudo non tendit ad rescissionem contractus, quinimò contractum approbat, idcóque & pretium conuentum soluit.

Secundò obiicitur, quod datio in solutum venditionis vicem obtineat, & quod ille qui rem in solutum accipit, emptori similis fit. tex. in *l. si prædium. C. de euict l. vlt. ff. Ex quib. caus. in pos.* Huc etiam consuetudinis ratio nos impellit, quippe perinde contra ejus mentem fit, si extraneo detur in solutum, atque si vendatur prædium. Illius ergò consuetudinis sensus spectandus est. Resp. Datio in solutum quæ fit auctoritate judicis, est necessaria, atqui allegatæ leges in contrarium de voluntaria datione in solutum loquuntur.

Quæsitum est illud, An si res non vendita, sed donata sit, jus protomiseos in dona-

in donatione locum habeat. Est statuendum tanquam verius & probabilius contra *Coras. d. loco*, quod in re donata non sit locus juri retractus. Idque probatur, ducto argumento à simili ex contractu emphyteutico. Nam emphyteuta non potest fundum emphyteuticum vendere irrequisito domino, potest tamen eundem donare inuito domino directo *l. 1. C. de fund. patrim. lib. 11. l. vlt. C. de iu. emph. l. vlt. C. de præd. decur. lib. 10.*

Opponitur quod eadem sit ratio in donatione, quæ in venditione, ne scilicet res exeat è familia. *c. 1. §. donare. Qualiter olim feud. pot. alien.* Ergò & prædium donatum proximus cognatus retrahere potest. Rep. Diuersa ratio est in venditione & donatione, quia ideò permittitur jus retrahendi rem venditam proximiori agnato, quod non interest venditoris, à quo habeat pretium, sed interest donatoris, potius amico donare propter bene merita, quam consanguineo. Sic & emphyteuta qui vendere non potest fundum emphyteuticum irrequisito domino, eundem tamen donare potest. *d. l. 1. C. de fund. patrim. lib. 11.*

ASSERTIO LXIX.

Ex pacto de retrouendendo oritur tantum personalis, non realis actio.

PACTVM de retrouendendo interpositum inter venditorem & emtorem, vt quandocunque venditor vel ejus hæredes offerant rei venditæ pretium, emtor restituat ei rem venditam, personale est, & rem ipsam non afficit. Vnde si ab emtore rursus sit vendita, prior venditor à secundo emptore rem non vendicat, sed datur ei tantum personalis actio ex vendito, aduersus primum emtorem in id quod interest. Hæc est communis & recepta DD. opinio. teste *Gail. lib. 2. obs. c. 16.* vbi notat secundum hanc opinionem in Camera imperii esse judicatum. *Mins. cent. 6. obs. 69. VVesenbec. consil. 39.* Datur itaque ex tali pacto de retrouendendo non realis, sed personalis actio ex emto, vel præscriptis verbis. tex. est expressus *in l. 2. C. de pact. int. empt. l. rebus C. de rer. permut. l. si sterilis §. si tibi. ff. de act. empt.* Atqui personalis actio non datur contra singularem successorem, *l. vlt. §. vlt. ff. de cont. emp. l. 1. §. si hæres. ff. Ad SC. Trebell. in verb.* neque enim æris alieni personalis actio fundum sequitur. Nullum jus reale ex tali pacto producitur, sed tantum personalis actio oritur. Ergò primus venditor contra primum emtorem vel ejus hæredes aget actione ex vendito, ad id quod interest, non verò contra tertium possessorem & singularem successorem agere poterit rei vendicatione ad fundum repetendum. Ratio est, quia pactum de non alienando contractui appositum, non impedit alienationem, quoad translatio-

nem dominij. *l. nemo paciscendo. ff. de pact.* sed tantum eatenus impeditur alienatio, vt committatur obligatio ad interesse, vel ad pœnam, si pœna sit adjecta contractui. tex. est expressus in *l. si ita quis, §. ea lege. ff. de verb. obligat. l. vlt. C. de reb. alie. non alien.*

Sed pro contraria opinione, quod scilicet pactum de retrouendendo afficiat rem ipsam, & ex eo detur actio realis, seu vtilis rei vendicatio, adferuntur, *l. si cum venderet, 13. ff. de pig. act. & l. voluntate 10. §. vlt. ff. Quib. mod. pig. solu.* vbi traditur, quod si in venditione pignoris pactum interpositum sit inter creditorem & emtorem, vt si debitor pecuniam pretii emtori solueret, liceret ei recipere rem suam: ex hoc pacto datur debitori actio in rem, ad vendicandum rem suam. Ideoque ex pacto de retrouendendo competit primo venditori contra singularem successorem vtilis actio rei vendicationis: Duplex solutio adfertur à DD. ad hoc argumentum. Primò respondetur, quod primum IC. responsum, quo statuit debitori dari rei vendicationem, mox corrigitur per sequentia verba, dum subjungit IC. aut in factum actione contra emptorem agere poterit, ideoque solum actione in factum vel præscriptis verbis aget. Ita respondent *Accurs. & Bart. in d. l. si cum venderet.* Secundò respondetur sub distinctione. Aut pactum de retrouendendo conceptum est verbis directis, hoc modo, vt si venditor pretium soluerit emtori, liceret ei recipere rem suam, quæ verba directa sunt. *l. Titia cum testamento 34. §. vlt. de legat. 2.* Quibus verbis in objectis legibus vsus est venditor, & tunc dominium ex pacto retrouendendi ad venditorem reuertitur, poteritque rem vendicare à tertio possessore. Aut verbis obliquis pactum de retrouendendo est interpositum, vt puta si emptor reuendere aut restituere promisit, vt loquitur *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* & tunc dominium non reuertitur statim ad venditorem, ita vt rem venditam vendicare possit, sed competit illi tantum personalis actio ex vendito, vel præscriptis verbis contra primum emtorem, ad fundum restituendum vel ad interesse. Ita respondet *Fachin. lib. 2. contro. c. 15.* adde *Boer. decis. 182. num 17. 18. & 19.*

Secundò opponitur hoc argumentum. Ex pacto addictionis in diem & legis commissoriæ, dominium rei venditæ ad venditorem reuertitur, & rei vendicatio ei competit. *l. commissoria. C. de pact. int emt. & vend.* Ergò idem statuendum videtur in pacto de retrouendendo. Resp. In istis pactis non nouum dominium venditori acquiritur, sed vetus, quod ante habuerat dominus, retinere fingitur: quia ea lege & conditione res erat tradita ab initio, vt statim rediret ad dominum conditione commissa. Approbat hanc decisionem *Anto Faber de error. pragmat. decade 22. erro. vlt.* Dissentit *Couarru. lib. 3. variar. resolut. c. 8. nu 3.* vbi tradit, quod venditor ratione pacti de retrouendo possit agere contra tertium possessorem, etiamsi is non sit emtoris heres.

ASSER-

ASSERTIO LXX.

Venditor læsus vltra dimidiam justi pretii, actione ex vendito rescindit venditionem, daturq; hoc beneficium l. 2. C. de resc. vend. etiam emtori, contra CVIATIVM.

SI venditor vltra dimidium justi pretij in venditione læsus sit, competit ei remedium. *l. 2. C. de rescind. vend.* quo consequitur, vt rescindatur venditio, vel vt ab emtore id quod justo pretio deest, suppleatur. Sed quæritur, an hoc petat venditor actione ex vendito, an verò officio judicis, petita restitutione in integrum. Vtrum dicatur multum interest, cùm actio in personam ex vendito duret annis 30. *l. 2. C. de const. pec.* sed restitutio in integrum intra quadriennium solum competat. *l. vlt. C. de temp. in int. restit.* Et verior est sententia non competere hic restitutionem in integrum ad rescindendam venditionem, sed esse ciuilem actionem ex vendito, eoque perpetuam. Quod non habeat hoc casu locum restitutio in integrum, hoc argumento comprobatur. Majores 25. annis, qui neque dolo circumuenti, neque metu coacti sunt, vt venderent, non restituuntur in integrum, nisi ex eâ edicti parte, quæ est de iis causis, ex quibus causis majores restituuntur. Atqui ex eo edicto nemo restituitur, qui læsus est suo facto, sed qui solum absentiâ necessaria vel probabili læsus est. *l. sed etsi 26. l. nec non. 28. ff. Ex qui. cau. majo.* Itaq; venditor in hoc casu in integrum restitui non potest, cum neque dolo sit circumuentus, neque vi metuve coactus, sed si læsus est, non aduersarii sed suo facto læsus est, nullaque absentia necessaria vel probabili. Quod autem competat actio ex vendito ad hanc rescissionem comprobandam, hoc argumento comprobatur. Quod ea quæ sunt moris & consuetudinis, venditor emtori, aut emtor venditori præstare debet, eaque veniunt in actionem ex vendito & emto. *l. quod si nolit, §. quia assidua. ff. de ædilit. edict.* Ideóque multo magis quæ certo jure sunt præstanda, qualis est hæc rescissio immoderatæ læsionis in pretio venditionis, præstanda sunt actione ex vendito. Dissentit Cujatius, qui statuit, si venditor læsus sit vltra dimidium justi pretij, tunc hanc venditionem rescindi officio judicis, idque argumento. *l. in contract. C. Ex qu. cau. majo. in int. rest.* vbi dicitur, quod majoribus læsis in contractib. bonæ fidei officio judicis causa cognita succurritur. Itaq, hæc rescissio venditionis propter læsionem vltra dimidiam justi pretij petenda est intra quadriennium, quemadmodum omnes restitutiones quę conceduntur majoribus propter læsionem in cõtractibus, peti debent officio prætoris intra quadriennium.

nium. per *l. vlt. C. de temp. in int. restit. l. qu d si minor 24. §. vlt. ff. de minor.* Ita eruditè tradit *Cujatius* subtilissimus Iuris interpres in *tract. de diuers. temp. praescript. cap. 23.* vbi refert ita in foro servari.

Objicitur huic decisioni primò, quod actio ex vendito hic competere non potest, quia de ea rescissione in contrahenda emtione nihil conuenit. Deinde absurdum est actionem ex vendito dari ad rescindendam venditionem, quæ comparata est ad confirmandam venditionem. Resp. Aliquando actio ex vendito competit etiam ad rescindendam venditionem. Quod fit primò, si fundus nominatim hac lege venditus est, vt sub aliqua conditione fiat inemtus, *l. sed Celsus 6. §. 1. ff. de contr. empt.* Secundò datur actio ex vendito ad rescissionem venditionis, quando ex jure certo licet venditori rescindere venditionem, licet nihil de hoc nominatim conuenit, vt fit in hoc casu, cum venditor vltra dimidium justi pretii est circumscriptus. Quod probatur exemplo redhibitionis. Si enim venditum sit animal morbosum, permittitur emtori animal redhibere, & emtionem rescindere reddita re vitiosa venditori, & pretio emtori restituto *l. facta 60. ff. de ædil. edict.* petiturque hæc rescissio actione ex empto. *l. ex emto. §. redhibitionem. ff. de act. empt.*

Secundo in contrarium adducitur exemplum venditionis per metum contractæ. Si enim quis metu coactus rem suam vendidit, non competit ei actio ex vendito ad rescindendam venditionem, sed extraordinarium auxilium restitutionis in integrum, per actionem quod metus causa, quæ tantum intra annum competit *l. 4. C. de his quæ vi metusve caus.* Itaque non est perpetuum, vbi quid venditori ab emtore restituendum est, competere in eam rem actionem ex vendito. Resp. Tum demum competit actio ex vendito ad rescindendam venditionem, quando emtor aliquid accepit ex causâ emtionis, quod restituere debet, vt fit in proposito casû. At non idem accidit in venditione per metum contracta, nam hæc jure irrita habetur *l. 1. ff. Quod met. caus.* Non potest autem actio ex vendito competere, vbi venditio non constitit, si modo eam venditor stare nolit.

Posterior sententia, quod remedium *l. 2. C. de rescind. vend.* competit etiam emtori, quando duplo pluris emit rem, quam valet, est ab omnibus interpretibus recepta, teste *Donello ad l. 2. num. 17. C. de rescind. vend. Pinel. ad d. l. 2. part. 1. cap. 2. num. 1.* Eaque probatur hoc certissimo argumento. Quodcunque in vno correlatiuorum statutum est, statui quoque debet in altero, quando vna & eadem est ratio in vtroque correlatiuorum *l. vlt. C. de ind. vid. t. ll.* Atqui hic eadem est ratio emptoris & venditoris, vt scilicet in contractu venditionis inter vtrumque seruetur æqualitas, & immoderata circumscriptio ab hoc contractu remoueatur. Ideoq; & beneficium *l. 2.* competet emptori, si duplo pluris quam res valet, eam emit. Ab hac communi

& receptâ

& recepta sententia discessit solus *Cujacius lib. obs. 16. c. 18. & lib. 23. obser. c. 32.* qui asserit hoc beneficium *l. 2. C. de resc. vend.* non competere emtori; Quam suam nouam opinionem comprobat hoc argumento quod diuersa sit ratio venditoris & emtoris. Nam venditor plerumque necessitate rei familiaris impulsus, compellitur res suas vendere pretio minori: *l. non idcirco 12. C. de resc. vend. l. si quos 16. C. eod. in verb.* si quos necessitas publicæ rationis adstringat proprias distrahere facultates. *l. 1. C. de præd. decur. sine decr. non alien.* emtor verò vt plurimum vltrò accedit ad emtionem, idque sui lucri gratia, & sæpè fraudandi venditoris causâ. Deinde emtor plerumque emit pretio immenso & immodico, commotus affectione oportunitatis, vel vicinitatis, vel quod in eo prædio educatus sit, vel quod prædium majorum suorum fuit. *l. 1. §. sed si rem 10. ff. Si quis in fraud. patro. l. si emtionem 35. ff. de mino. 25. annis.* Resp. Hoc non est perpetuum, vt venditor necessitatis causa res suas vendat, sed facit hoc plerumque propter vtilitatem, & lucri sui gratia. Præterea emtor sæpè emit sibi vtilia & necessaria bona fide, non animo injustè lucrandi, neque fraudandi. Ideóque sicut humanum est subvenire venditori vltra dimidiam justi pretii decepto, ita quoque emtori subueniendum est. Ita communi DD. sententiâ receptum esse tradit *Fachin. lib. 2. cont. c. 16.*

ASSERTIO LXXI.

Casus fortuitus in re locatâ contingens, pertinet ad locatorem, non ad conductorem.

CONFIRMATVR hæc decisio primò hac generali regula, quod casus fortuiti, qui nullo humano consilio prævideri possunt, nullo bonæ fidei judicio præstantur, quæ tradita extat in *l. quæ fortuitis. C. de pig. act. l. 1. C. de posits l. contractus ff. de R. I.* Deinde specialiter hæc decisio in contractu locationis multis legibus comprobatur, quod videlicet vis major, quam Græci θεοῦ βίαν appellant, non debet conductori esse damnosa, *l. si merces 25. §. vis major ff. loc.* Hinc Seruius respondit: omnem vim cui resisti non potest, dominum colono præstare debere, *l. ex conducto 15. §. 1. ff. eo.* Ideoque si cœli vel tempestatis vitio, solis feruore non adsueto, hostium incursibus, incendiis repentinis, vel terræmotu, alióque simili casu fatali, insignis quædam calamitas vel sterilitas fructuum contigerit, remissio mercedis à locatore seu domino prædii colono fieri debet. *l. ex conducto §. Papinianus ff. locat. l. licet. 8. & l. excepto. 18 C. eodem.*

Sed refragatur huic assertioni *l. 1. C. de locat. & cond.* vbi traditur quod

dominus vel locator horreorum non tenetur conductori præstare effracturam latronum, si quid ab iis ex rebus depositis in horreis expilatum vel subreptum est. Resp. Locator horreorum non tenetur effractis vel compilatis horreis præstare damnum, nisi nominatim custodiam repromisit, quo casu damnum effracturæ præstare debet, quia diligentissima custodia damnum effracturę præcauere potuit. *l. dominus 55. ff. locat.* Furtum & effractura non sunt casus fortuiti, sed subinde culpæ leuissimæ adnumeratur, quia negligentia custodientis committuntur, *l. cum duobus §. damna ff. pro socio. l. eum qui 14. §. idem scribit. ff. de furt.* Ideoque damnum furto illatum locatori imputabitur, ad quem spectat custodia. *Sichard. ad d. l. 1. num. 4. C. loc.*

Secundò repugnat huic enunciato *l. damnum 12. C. loca.* vbi statuitur, quod damnum illatum per aggressuram latronum in rebus propriis conductoris, pertinet ad conductorem, non ad locatorem Resp. sub distinctione. Aut damnum contingit casu fortuito, vel vi majori in ipsa re locatâ vel fructibus rei locatæ, puta si fructus incursu hostili auferantur, hoc damnum pertinet ad locatorem, & non ad colonum seu conductorem, cum ei propter tale damnum remittatur pensio locationis. *l. ex conducto 15. §. si vis tempestatis ff. locat.* Aut damnum datur in rebus propriis coloni existentibus in re locatâ, seu possessionibus locatis, & tale damnum pertinet ad ipsum colonum, neque hoc nomine tenetur locator *d. l. domum.* vbi ita decidunt *Bart. Bald. & Salycet.*

ASSERTIO LXXII.

Contractus locationis & conductionis, transit ad hæredes tam locatoris, quam conductoris.

CONTRACTVS locationis, siue perpetuus sit, siue temporarius, transit etiam ad hæredes conductoris, conductore intra tempora conductionis mortuo. *l. viam veritatis 10. C. locat. l. si in lege 24. §. vlt. ff. eodem. §. vlt. Inst. de loca. & cond.* Exempli gratiâ, si locator locauit colono fundum in quinquennium, & conductor decedat intra quinquennium, transit obligatio conductionis ad hæredem conductoris, vsque ad tempus conductionis expletum.

Sed obiicitur *l. 4. ff. locat.* vbi traditur. quod si locator locauit fundum, quoad vellet, mortem ejus qui locauit, finiatur locatio. Ergò non transit locatio ad hæredes. Resp. Ideò hoc in casu locatio morte locatoris finitur, quia facta est quod vellet locator, atqui voluntas hominis, vitæ suæ finibus, id est, morte terminatur.

Secundò

Secundò grauiter obstat *l. si domina 10. C. de vsufructu.* vbi morte ejus, qui conduxit vsumfructum, extinguitur conductio vsusfructus, nec transit ad hæredes conductoris, licet mortuus sit conductor intra tempora conductionis. Resp. Aliud obtinet in conductione vsusfructus, quam proprietatis. Conductio proprietatis transit ad hæredes conductoris, non verò conductio vsusfructus. Ratio diuersitatis est, quia conductio vsusfructus censetur facta secundum naturam quam habet vsusfructus, prout est seruitus personalis. Sicut enim vsusfructus finitur morte vsufructuarii, ita & locatione vsusfructus facta, finitur morte conductoris vsusfructus conductus, licet non sit propriè vsusfructus constitutus in persona cōductoris, sed commoditas quædam vtendi fruendi, quæ ita finitur morte conductoris, sicut vsusfructus morte fructuarii extinguitur. Ita declarat *Castren. d. l. si domina*, quæ difficilis est, in qua Hotomannus emendat tex. & pro iis verbis, *ei qua locauit*, legendum vult, *ei qua successit*, per *l. si socrus 18. C. de jur. dot.*

ASSERTIO LXXIII.

Conductor si vnius anni pensionem non soluit, potest expelli ex domo conductâ.

SIMPLEX conductor, qui nudam habet rei detentionem *l. 2. C de præscript. 30. anno.* ob non solutam etiam vnius anni pensionem statim expelli potest. Comprobatur hæc decisio apertè per *l. 3. C. loca.* vbi dicitur conductorem durante locatione expelli non posse æde conducta, si domino pensionem in solidum soluit. Ergò sumto argumento à contrario sensu, si pensionem etiam vnius anni non soluit, expelli potest. Sermo enim simpliciter prolatus de primo actu intelligitur, id est, vnico actu perficitur, consumitur atque finitur *l. boues 89. §. hoc sermone. ff. de V. S.* Quæ conclusio adeò vera est, vt etiam si pactum in contractu locationis adjectum sit de conductore non expellendo, tamen nihilominus expelli possit, si non satisfaciat pensioni, quia semper hæc conditio in pacto hoc adjecto locationi tacitè subintelligitur, si pensioni conductor debito tempore paruerit. *l. quaero 54. §. inter locatorem. ff. locat.*

Sed huic decisioni aduersatur *l. quaero 54. §. 1. ff. locat.* vbi traditur, tum demum conductorem licitè expelli posse de fundo conducto, si biennio continuo non soluerit pensionem. Resp. Quod ibi dicitur de biennio continuo, non ad legis decisionem, sed ad facti narrationem pertinet, hoc est

hoc est quod non oporteat conductorem biennio cessasse in solutione mercedis, priusquam de iure possit expelli, sed quod hoc ita de facto euenerat, quod conductor integro biennio cessauerat soluere mercedem locationis *Caras. ad l. 2. num. 1. & 2. C. de jur. emph.* licet vulgò DD. aliter eam legem accipiant.

Secundò opponitur *l. cum domini 56. ff. locat.* vbi statuitur quod si biennii spacio non satisfaciat conductor pensionibus, tunc potest dominus pro securitate pensionis aperire domum conduct. m, & per Notarios describere inuecta & illata quæ ibi reperiuntur. Resp. Istic non fit post biennium expulsio, sed bona absentis & per biennium non apparentis conductoris per Notarium describuntur, quod non tam citò nec temerè fieri debet, cum detegere res alienas, & secreta patrimonii alterius pandere durum & odiosum sit *l. 2. vers. quid enim tam durum est C. Quand. & quibus quarta pars debeatur. lib. 10. l. 2. C. de alim. pupil. præstand.*

ASSERTIO LXXIV.

Fructuum perceptorum periculum ad colonum pertinet.

VERISSIMA est Bartoli decisio tradita in *l. ex conducto. 15. §. 1. ff. loca.* periculum perceptorum fructuum ad colonum, non verò ad dominum pertinere. Ratio est, quia per perceptionem & separationem fructuum à solo factam colonus fructuum dominus est effectus. *§. is verò ad quem Instit. de rer. diuis. l. si apes 26. §. 1. l. si seruus 61 §. locaui. ff. de furt.* Æquum autem est, vt vnusquisque rei suæ propriæ damnum & periculum agnoscat. *l. damnum. 12. C. loca, l. pignus 8. C. de pig. act.* vbi traditur, pro regula quod quælibet res pereat suo domino.

Sed huic decisioni aduersatur *d. l. ex conducto §. 1. ff. loca.* vbi hæc habentur verba. Si qua tamen vitia ex re ipsa oriantur, hæc damno coloni esse: veluti si vinum coacuerit, sed & si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse. Resp. Illo loco vinum adhuc pendens & vitibus cohærens significatur, id est vua aut vindemia pendens, quæ adeò dura & cruda est, vt non possit ad maturitatem peruenire. Itaque non significatur ibi vinum, quod jam à colono collectum est, & ex vuis expressum. Hoc enim vinum jam à colono factum & perceptum, si casu aliquo fortuito, puta incursu hostium ablatum, consumptum aut etiam corruptum sit, non suo vitio, coloni damnum & periculum est, adeò vt nec ob eam causam deductionem vllam mercedis à domino impetrare possit. Ita rectè tradunt *Cujat. lib. obs. 26. c. 32. Cail. lib. 2. pract. obseru. c. 23. nu. 13. Gostal. ad. l. si merces §. vis major. ff. loca.*

ASSERTIO

ASSERTIO LXXV.

Repressaliæ ritè rectéque concessæ, omni jure sunt permissæ.

REPRESSALIÆ siue pignorationes in jure vocantur, quando pro alterius debito, alius ejusdem regionis vel ciuitatis subditus conuenitur: vel quando bona pro alterius debito capiuntur, & detinentur, vt ex iis pro alieno debito satisfiat. Exempli gratia: si Hispanus diripuerit alicujus Belgæ mercatoris merces, poterit spoliatus quem primum offenderit Hispanum pari jure diripere, seu bona ejus de facto occupare & detinere, si hoc à summo magistratu loci sui impetrauerit. Vocantur & repressaliæ in praxi jus Marquæ, vel *lettres des Marques*, quia in limitibus potissimum exercentur repressaliæ. *Cujat. ad l. vnic. C. vt nul. vi can. pro alien. vican. debit. teneatur.* Veteres Romani historici vocabant hoc jus repressaliarum siue pignorationum clarigationes. *Gail. in tractat. de pignorat. cap. 2. nu. vlt. c. vnic. de injur. in 6. Liuius lib. 8. histor.* Repressalia est barbara vox Latinè pignoratio dicitur, & est jus alium, vel alius bona pro alterius damno vel debito capiendi, & detinendi. Quod hæ repressaliæ jure licitæ & permissæ sint, probatur auctoritate juris ciuilis & Canonici. Et quidem jure Canonico permittuntur ex sententiâ Augustini relatâ in *c. dominus 23. quæst. 2.* vbi statuitur quod justa bella solent definiri, quæ vlciscuntur injurias, si gens vel ciuitas plectenda est, quæ vindicare neglexerit, quod à suis improbè factum est. Si ergò bella contra eam gentem geri possunt, quæ justitiam facere negligit, consequenter subditi illius domini, qui justitiam facere neglexit, capit & bona eorum auferri possunt. Secundò jure ciuili non esse prohibitas repressalias ex eo manifestè liquet, quia ex speciali priuilegio constitutum est, vt studiosi & clerici à repressaliis sint exemti. *c. 1. de injur. in 6. Auth. habita. C. ne fil. pro patre.* Cum ergò hæ personæ tanquam priuilegiatæ exceptæ sint, ne patiantur repressalias, sequitur in contrarium jure communi in omnibus aliis personis licitas esse repressalias, quia exceptio probat regulam in contrarium procedere in casibus non exceptis. *l. 1. & ibi Dec. ff. de R. I.*

Opponuntur primò huic sententiæ generales juris regulæ, quod nemo debet alterius odio prægrauari, neque alteri per alterum iniqua conditio inferri, *l. non debet. 74. ff. de R. I. c. non debet. 24. ex. de R. I. in 6.* Præterea quod pœna non debet egredi suum auctorem, & quod innocens non debet luere pœnam nocentis. Anima enim quæ peccauit, morietur. *Ezech. 18. verf. 4.* & vnusquisque pro suo peccato mori debet. *Deuter. 24. verf. 16.* Vnde

& repressaliæ dicuntur ex praua consuetudine introductæ. Resp. Hæ pignorationes sunt licitæ eodem modo quo bellum ex justa causa indicitur, & geritur. Rectè enim *Bart. in tract. de repress.* concludit repressalias esse bellum quoddam priuatum, quod gerit creditor cum omnibus ciuibus sui debitoris. Itaque sicut contra eam gentem, quæ justitiam facere recusat, bella licitè geri possunt, ita & repressaliæ contra eundem populum, qui debitum reddere negligit, concedi possunt, ne pereat justitia. Porrò duobus demum causis concurrentibus repressaliæ de jure decerni possunt. Primò debet interuenire auctoritas summi Principis, nec enim potest priuatus sibi sua auctoritate jus dicere. *l. extat. ff. Quod met. caus.* Secundò tunc demum impetrari possunt repressaliæ, si superior magistratus offendentis justitiam facere recusat. Nam propter delictum magistratus justitiam facere recusantis sicut bellum, ita & repressaliæ indici possunt contra omnes ejus subditos. *Auth. si verò dominus, C. de haret. fac. l. si alius. 7. §. bellissime ff. quod vi aut clam,* vbi dicitur, si quis judicis copiam habere non potuit, potest in suo vi aut clam ædificatum propria auctoritate destruere.

Secundò aduersatur *Nouel. 52. Vt non si. pignorat. & Nouel. 134. de vicar. & locum tenen. §. cum verò. & Auth. omninò. C. Ne vxor pro marit. l. vnica. C. vt nul. ex vican. pro alt. vic. deb. conue. lib. 11.* In quibus locis statuitur, quod qui repressalias contra aliquem exercet, in quadruplum passo reddere teneatur, præterea ab actione, qui talia attentare præsumserit, cadat. Resp. Istis in locis tantum repressaliæ prohibentur, quæ sine justa causa à legibus concessa, & debito modo non sunt intentatæ. Ita enim expressè disponitur in *Nouell. 52.* vt absque legitima causa nemo ex pignorationibus pro alieno debeat contumeliam aut damnum sustineat. Porrò vt licitè exerceantur repressaliæ, tria debent interuenire, primò quod adsit justa causa, puta quod adsit justa causa, veluti quod damnum spoliato vel injuria sit illata. *Menoch. de arbit. jud. qu. cent. 6. quæst. 527. num. 9.* Secundò requiritur quod dominus vel princeps loci, in quo illata fuit injuria, vel damnum datum, requisitus fuerit à spoliato ipso, vel damnum & injuriam passo, vt resarciat sibi damnum & injuriam illatam, isque neglexerit facere justitiam. *Bart. in tract. de repress. qu. 1. num. 4.* Tertio exigitur vt repressaliæ concedantur adhibito consensu & auctoritate principis ejus loci, cui damnum passus subjectus est. Non enim poterit damnum passus sua auctoritate repressalias exercere, neque permissum est priuato creditori, sua sponte has pignorationes facere, *§. 1. Nouel. vt non si. pignorat.* Plura qui de repressaliis cognoscere cupit, consulat *Bart. in tract. de repress. Bald. ad Auth. omninò. C. Ne vxor pro marit. Menoch. d. loco. Gail. in tract. de pignorat. c. 1. 2. & 3. Cujac. ad tit. C. Vt null. ex vica. pro alt. vic. deb. conuen. Iacobum de Cambus in tractat. de repressal. Petrum Gregorij libro 38. syntagm.*

syntagm. Iur. c. 8. & 11. Afflictum in commentar. ad constit. Neapolit. rubr. 8. de cultu pacis. Guidonem Papæ in decis. Gratianopolit. quæst. 32.

ASSERTIO LXXVI.

Bona minorum non censentur tacitè hypothecata pro pensione domus.

SICVT bona minoris 25. annorum alienari non possunt absque decreto Prætoris, & causæ cognitione, *l. lex quæ tutores 22. C. de admi. tutor. l. magis puto §. 1. ff. de rebus eorum qui sub tut.* ita & pignori obligari non possunt, nam & hæc alienationis species est, *l. magis puto, §. si pupillus. l. si pupillorum. §. 1. l. penult. §. quanquam. ff. de reb. eor. qui sub tut. d. l. lex quæ tutores.* in verbis *vel pignorare.* Hinc quæritur, an bona minoris sint tacitè obligata pro pensione domus conductæ. Et verior est sententia, bona minoris non censeri tacitè obligata pro pensione domus. Ita statuunt *Gloss. & Bart. in l. 4. ff. de pact.* Quod eâ ratione confirmatur, quia sicut expressè bona minoris non possunt obligari sine decreto Prætoris, ita nec tacitè obligari possunt. *d. l. lex quæ tutores. d. l. magis puto. vers. non passim.* Similiter inito contractu dotis bona hinc inde sunt tacitè obligata, *l. 1. §. 1. C. de rei vxo. act.* Sed bona minoris promittentis vel recipientis dotem non possunt tacitè obligari sine decreto judicis, *l. Titia 62. ff. de iur. dot. l. vnic. C. si aduers. dot.* Vnde pari ratione dicendum est in hoc casu tacitam hypothecam non induci in bonis minoris inuectis & illatis in prædium conductum vel domum conductam.

In contrarium adfertur, quod cessante ratione legis, cessat & ipsa lex, atqui vt bona minoris sine decreto Prætoris obligari non possint, eâ ratione statutum est, quod ignari imperitique rerum facilè decipi possunt. At hæc ratio cessat in hoc casu, quandoquidem minor prædium vel domum conducens non decipitur, cum faciat id quod diligens paterfam. faceret. Resp. Licet minor XXV annis possit domum conducere, attamen ex conductione facile decipi potuit, si vel carius conducat, quam diligens paterfamilias conduxisset, vel si fortè conduxit nimis amplam domum, & suæ tenuitati non conuenientem.

Secundò refragatur huic sententiæ *l. 1. in fin. & l. 2. ff. de reb. eo. qui sub tut.* quibus probari videtur tacita hypotheca in bonis minoris sine decreto magistratus, etsi expressa prohibita sit. Resp. Illa l. loquitur, quando minor emit bona à fisco, & in obligatione expressâ, quod scilicet possit minor pro pretio obligare fisco rem ab eo emtam, ideoque minoris bona obligantur

fisco, fauore fisci. Cujus sententiæ ratio est, quod lex inducit tacitam obligationem bonorum, ejus qui cum fisco contrahit. *l.2.C. In quib.cauf.pig.tac.cont.* Sed in casu nostro non est cautum bona minoris tacitè obligari pro pensione domus conductæ.

Tertiò aduersatur, quod *d.l. lex quæ tutores. C. de adminiſt. tut. Rom.* ex duobus illis titulis *ff. de rebus cor. quæ sub.tut. & C. de præd. minor. sine decr. non alien.* loquuntur in voluntaria obligatione, vt in illâ requiratur judicis decretum, at diuersum obtinet in legali obligatione, & hypothecâ necessaria, quæ sine solennitatibus judicialibus expediri potest. Huc facit, quod consuetudo regionis, quæ circa bona versatur, obligat tam minores quam majores. *l. sine herede. 32. §. Lucius, ff. de adminiſtr. tut.* Resp. Ex quo legibus sancitum est, bona minoris non obligari sine decreto judicis, licet deinde certis in casibus cautum sit, simpliciter bona censeri hypothecata, non tamen intelligitur, quod etiam bona minoris sine decreto censeantur oppignorata. Nam lex generaliter loquens non derogat his, quæ specialiter certæ personæ ratione constituta sunt. *Gloſſ. in Auth. de hæred. ab inteſt. in verb. vacantibus.* Hanc sententiam, quod bona minorum non censeantur tacitè obligata pro pensione domus, sine decreto Prætoris, & causæ cognitione, approbant *Accurſ. & Bart. ad l.4. ff. de pact.* & eruditè defendit *Menoch. remed. 3. adip. poſſ. q.9. n.82.*

ASSERTIO LXXVII.

Pactum legis commissoriæ in pignoribus eſt reprobatum.

PACTVM legis commissoriæ in pignoribus à legibus repudiatur, scilicet vt debitore ad diem præstitutum non soluente, pignus maneat creditoris pro debito. Probatur hæc conclusio in *l.vlt. C. de pact. pign.* Cujus decisionis hæc est ratio, quia debitor inopia pecuniæ pressus, tam dura & inhumana pacta facilè contra se admittit, vt scilicet, si ad certum tempus debitum non soluat, pignus cedat creditori in solutum pro debito, quod pactum quia inhumanum & iniquum est, meritò non est seruandum.

Sed aduersatur *l. vlt. ff. de cont. empt.* vbi valet pactum legis commissoriæ in pignore interpositum. Resp. Valet hoc pactum si inter debitorem & fidejussorem, qui pro eo fidem suam astrinxit, interponatur, inter debitorem vero & creditorem tale pactum jure reprobatur.

Secundo repugnat *l. 1. C. de pact. pign. & l. si fundus 16. §. vlt. ff. de pign.* vbi pactum valet initium inter debitorem & creditorem, vt nisi ad conuentum tempus debitor soluat debitum creditori, tunc cedat illi res oppignorata

pro

pro debito. Resp. Eatenus demum valet ista pactio, vt res pro debito oppignorata cedat creditori, iusta scilicet pretio æstimata, quo casu conditionalis quædam pignoris venditio contrahitur inter debitorem & creditorem. Res enim tunc æstimatur à iudice, aut alio viro bono, neque debitor aut creditor læditur. Ita distinguit *Menoch. remed. 5. adip.poss.q.8. Molin.de vsur.quæst.52. nu. 357.* Vide latius & exactius de hac disputatione *Bart. & Costal.ad l. Titius ff. de pig. act. Pactum ad l. 4. C. de pig. act.*

Tertiò opponitur *l. vlt. C. de dist. pig.* vbi statuitur valere pactum inter creditorem, & debitorem initum, vt si ex venditione pignoris plus percipiat creditor quam ei debebatur, hoc cedat lucro creditoris, quod videtur sapere naturam pacti legis commissoriæ, eo quod pignus acquiritur creditori pro debito, licet pignus valeat pluris quam debitum. Resp. Iusta est conuentio, si conuenerit, vt quod ex pignoris venditione redegerit creditor, id omne sibi proprium habeat propter incertum euentum conditionis, sicut è contrario, si vel minimum redegerit, ex venditione pignoris, eo contentus esse cogitur creditor in crediti vicem *l. à Diuo Pio. 15. §. 3. ff. de re iud.* At non ita pactum legis commissoriæ in pignoribus admittitur *tot. tit. C. de pact. pign. & de lege commiss. in pignor. rescind.* Ita notat *Cuiat. ad tit. C. de pact. pignor. in paratit.*

ASSERTIO LXXVIII.

Creditori non licet propriâ auctoritate auferre pignus.

REGVLA in iure prodita extat, quod creditor rem debitoris seu pignus ex proprio arbitrio auferre non potest, ob debiti causam, quæ proponitur in *l. penult. C. de pig. act.* Licet itaque res debitoris creditori sint pignoratæ, tamen non potest creditor eas propria auctoritate inuadere & auferre, sed tenetur vi bonorum raptorum, in quadruplum si res sint mobiles *l. 3. C. Vi bonorum raptorum.* Ratio est quia creditor non debet sibi ius dicere, sed iudicis auxilium implorare *l. negantes. C. de obl. & act. l. penult. C. de conuen. fisc. debito.* Adduntur in *d. l. penul. C. de pig. act.* duæ exceptiones. Prima est, nisi pacto aliud inter debitorem & creditorem conuenit, quia licet ita pacisci, vt aliquis sua auctoritate possessionem rei nanciscatur *l. penul. ff. de seru. export.* Altera exceptio est, nisi iussus præsidis seu auctoritas magistratus interueniat, vt quia missus est creditor in possessionem rei seruandæ causa, ita vt constituatur ei pignus prætorium.

Sed opponitur *l. 3. C. de pigno.* ex qua colligitur, non esse has duas, sed

vnam exceptionem; nam etsi creditor pactus sit, vt liceat sibi propriâ auctoritate in possessionem rei pignoratæ ingredi, tamen judicem adire debet, & ejus auctoritate possessionem ingredi. Resp. Verbum debet significat ibi honestatem quandam, non autem necessitatem juris, vt sensus legis sit quod creditor possit quidem ex pacto sine judice possessionem rei obligatæ ingredi, rectius tamen faciat, si adhibeat auctoritatem judicis. *Pacius ad l. penult. C. de pign. act. Gl. in d. l. 3. C. de pign.* vbi exponit verbum debent, pro possunt per *l. obseruare 4. §. vlt. ff. de off. procons.* vt sit sensus, creditores ex pacto possunt quidem propria auctoritate ingredi possessionem pignoris, sed tamen ex honestate & vrbanitate adhibere debent auctoritatem præsidis, possunt tamen & suo jure id facere, si velint, per tex. sing. & notab. in *l. si pupillorum. 7. §. 1. in verb. tutius. ff. de reb. eor. qui sub. tute.*

Secundò obiicitur *l. penult. ff. In quib. cau. pig. tac. contr. & l. vtique 34. ff. de damno infect.* vbi dicitur, quod absque vllo pacto & judicis auctoritate, dominus ædium locatarum potest præcludere, & retinere res inquilini. Vnde videntur inanes esse exceptiones hic traditæ, & falsa esse prædicta regula. Resp. Distinguendum est inter ablationem & retentionem hypothecæ. Creditor enim non potest res pignoratas auferre, sed retinere eas potest, donec sibi satisfiat de debito. Nec mirum, quod retentio facilius admittatur, quam ablatio: nam etiam facilius admittitur retentio pignoris, quam actio hypothecaria *l. 1. ff. de pigno. l. vnic. C. Etiam ob chirograph. pecun. Pacius ad d. l. penult.*

ASSERTIO LXXIX.

In pignore prætorio non attenditur prioritas temporis, sed benè in judiciali pignore.

IN pignore prætorio non obseruatur priuilegium temporis, inter eos creditores, qui ejusdem conditionis sunt & tituli, permittitur enim illa missio in rem, non in personam. Itaque in pignore prætorio non is præfertur, qui prius missus est in possessionem, sed missio illa proficit omnibus creditoribus, videturque missus non sibi, sed omnibus creditoribus possidere. *l. cum vnus. 12. ff. de reb. auct. jud. poss. l. is cui. §. si plures ff. Vt in possess. legat.* Contra in judiciali pignore, quod exequendæ rei judicatæ causa captum est, sicut in conuentionali pignore, priuilegium & ordo temporis spectatur. Itaque in pignore judiciali is potior est, cujus nomine prius captum est pignus, ex causa judicati. *l. si & jure 10. ff. Qui pot. in pig.* In hoc pignore judiciali ordo temporis attenditur, quia hoc pignoris genus constituitur in personam, illud autem

autem prætorium pignus in rem constituitur, & generaliter omnium creditorum causa, ideóque in eo non est prælationi locus.

Sed obiicitur huic decisioni *l.4.C.Qui pot.in pig.* vbi statuitur, quod Respub. missa in possessionem bonorum sui debitoris, præfertur jure pignoris aliis creditoribus. Resp. Ideò Respublica Heliopolitanorum missa in possessionem seruandi judicati causa, præfertur chirographario creditori, quia & Respub. non missa hoc priuilegium habet, vt omnibus chirographariis creditoribus præferatur. *l.penult.ff.de reb.auct.jud.poss.* Itaque non est Respublica ejusdem conditionis, cujus cæteri creditores, & missio in possessionem prodest tantum iis creditoribus, qui sunt ejusdem conditionis & tituli.

Secundò aduersatur *l.2.C.Qui pot.in pig.* vbi fideicommissarii prius missi in possessionem fideicommissi seruandi causa, præferuntur illis, qui judicati seruandi causa posterius in eadem bona missi sunt, & sic in pignore prætorio obseruatur etiam ordo temporis. Resp. in *d.l.2.* missi in possessionem, fideicommissarius puta & creditor non sunt ejusdem conditionis. Atqui in pignore prætorio omnium creditorum eadem est potestas, siue prius siue posterius missi sint, quando creditorem omnium eadem est conditio. Ita eleganter explicat *Cujac.lib.obs.5. c.30.& lib.9.c.37.* Dissentit perperam *Costal. in d. l. si & jure. ff. Qui pot. in pig.*

ASSERTIO LXXX.

Illata & inuecta à secundo conductore in ædes conductas, primo locatori tacitè obligata censentur tantum pro eâ summa qua ipse conduxit: & secundus conductor primo locatori soluendo liberatur.

VTRAQVE hujus decisionis pars probatur expresso textu in *l.solutum 11.§ solutam ff. de pig. act.* vbi traditur, quod bona illata & inuecta à secundo conductore in ædes conductas, primo locatori tacitè pignori obligata censentur, pro eâ tamen parte tantum, quam secundus conductor conduxit. Additurque in *eodem §.vers. vnde si.* quod si secundus conductor primo locatori soluerit, quod hæc solutio illi proficiat ad liberationem.

Sed contra priorem partem thesis opponitur hoc argumentum. Hypotheca non potest esse sine principali obligatione *l.5. ff.de pig. l. fidejussor 16.in princ. ff. de fidejuss.* Sed secundus conductor non est personaliter obligatus primo locatori, quia cum eo non contraxit: ergò nec bona ejus sunt ei pignori obligata. Resp. Licet secundus conductor non sit obligatus primo locatori persona-

personaliter, tamen primus conductor ei obligatus est, & bona istius secundi conductoris sunt tacitè obligata pro debito primi conductoris. At verò cum omnia bona primi conductoris sint tacitè obligata primo locatori, ista tacita obligatio extendit se etiam ad nomen secundi conductoris. Itaque bona secundi conductoris in ædes conductas illata, pro parte quam secundus conduxit, sunt obligata primo locatori.

Secundò aduersatur *l. Pomponius 5. ff. In quib. cau. pig. tac. contr.* vbi dicitur, quod bona illata & inuecta ab eo, qui ædes conductas à primo conductore accepit, non sunt obligata primo locatori. Resp. Ibi domus non fuit alteri inquilino locata, sed fuit secundo habitanti gratis concessa, ideóque bona ejus non censentur tacitè oppignorata primo locatori pro mercede domus, cum nullam mercedem debeat.

Tertiò obiicitur *l. si in lege 24 §. si colonus. ff. locat.* vbi bona secundi conductoris non censentur domino fundi seu primo locatori tacitè obligata. Resp. Sub distinctione. Aut inquilinus conduxit prædium vrbanum, aut colonus conduxit prædium rusticum. Primo casu bona inquilini inuecta & illata in prædium vrbanum tacitè domino prædii obligantur *l. 4. ff. de pact. l. 4. ff. In quib. caus. pig. tac. contr.* Ideóque & bona secundi conductoris tacitè ei sunt obligata *l. solutum 11. §. solutam ff. de pig. act.* Secundo casu bona coloni illata & inducta in prædium rusticum tacitè domino prædii non obligantur, nisi accedat expressa conuentio *l. 4. & 7. ff in quib. cau. pig. tac. contr.* Ergo & bona secundi conductoris inuecta in prædium rusticum non censentur tacitè primo locatori seu domino fundi obligata. *d. §. si colonus.*

Secundæ parti thesis videtur obstare *l. si opera ff. de except. doli. & l. inuito. C. de solut.* vbi traditur, quod non liberatur debitor, qui soluit creditori creditoris sui. Distinguendum. Aut ille creditor habet bona mea obligata, & tunc rectè ei soluo, possum enim cogi, vt ei soluam, eò quod nomen meum seu debitum ipsi est obligatum *l. nomen C. Quæ res pig. obl.* Aut creditor creditoris mei non habet bona mea obligata, & tunc non rectè ei soluo.

ASSERTIO LXXXI.

Etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri potest.

CONSTITVITVR in *l. vnic. C. Etiam ob chirograph. pec.* quod si debitor sub pignore alicui pecuniam debeat, & simul eidem creditori aliam pecuniam debeat sine pignore, solo chirographo tantum promissam, quæ dicitur pecunia chirographaria, quod hoc casu creditor habeat retentionem

tionem pignoris, non solum in eam summam pro quâ pignus obligatum est, sed etiam in omne aliud debitum, quod ab eodem debitore sine pignore sibi debetur.

Huic decisioni obstat *l. per retentionem. C. de vsuris.* vbi statuitur, quod si debitor fundum in sortem & vsuras minores obligauerat, & postea majores vsuras nudo pacto sine pignore promiserat, quod in majores vsuras pignus istud retineri non possit. Resp. Pro eâ tantum chirographariâ pecuniâ quæ verè & efficaciter debetur, pignus retineri potest, qualis est pecunia mutua. Quod indicant illa verba text. in *d. l. vnic.* nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam acceperunt. Diuersum est in vsuris pacto tantum promissis, quæ quia naturaliter tantum debentur, pro illis pignus pro alio debito acceptum retineri non potest.

Secundò aduersatur huic constitutioni *l. solutum, §. si in sortem. ff. de pign. act.* vbi traditur, si debitor debeat sortem & vsuras, & pro vna tantum summa ex iis pignus obligauit, ea summa soluta, pignus in alteram summam non tenetur, sed statim in vna quantitate soluta, pro qua debitor pignus obligauit, competit ei pignoratitia actio ad pignus repetendum. Resp. Quod dicitur, in *d. l. vnic.* pignus pro vna summa acceptum, pro altera summâ retineri posse, hoc sic accipiendum est, si altera summa postea sine pignore credita sit. Verum si cum pignus in vnam summam dabatur, vtraque summa jam debebatur, vt accidit, cum sors & vsuræ deberentur, tunc obtinet, quod dicitur in *d. §. si in sortem,* vt pignus in vnam summam acceptum, pro alterâ retineri non possit. Quod optima ratione introductum est. Qui enim, cum sibi ex pluribus causis diuersæ summæ deberentur, pro vna tantum summâ ex iis cautionem vel pignus accepit, pro alterâ summâ omissâ pignus sibi pepigisse non censetur. *arg. l. si cum dotem 22. in princ ff. Solut. matr. l. maritus. 21. C. de procur.* Ita eleganter & solidè tradit *Donel. ad d. l. vnic. C. Etiam ob chirogr. pecu. pignus retin. pos.* Aliter respondet *Cujac. lib. obseruat. 15. c. 22. & lib. 19. c. 27.*

ASSERTIO LXXXII.

Generalis hypotheca prioris creditoris præfertur speciali posterioris.

PRo regulâ inter creditores de prælatione pignoris certantes obseruatur, quod qui prior est tempore, seu qui prius pignus & hypothecam accepit, potior sit jure *l. 2. & 4. C. Qui pot. in pig. l. 11. & 12. ff. eo.* vbi generalis regula traditur, quod quoties plures creditores de pignore contendunt,

 tunc

tunc is potior eſt jure, qui præuenit tempore, hoc eſt qui prius credidit pecuniam, & pignus accepit. Quod adeò verum eſt, vt etiam is qui prius generalem hypothecam accepit in omnibus bonis debitoris, & alius poſtea in certis bonis hypothecam accepit ſpecialem, tamen nihilominus is cui primò bona generaliter ſunt pignori obligata, præferatur etiam poſteriori creditori in bonis ſpecialiter ſibi pignori obligatis. tex. ſunt expreſſi in *l. ſi generaliter 6. C. Qui po. in pig. & l. qui generaliter. 2. ff. eodem.*

Verum cum *d. l. 2. ff. Qui po. in pig.* grauiter pugnat *l. 2. C. de pignor.* vbi dicitur, quod ſi primus creditor ex cæteris bonis pecuniam ſuam ſeruare poteſt, ſecundo creditori bona ſpecialiter pignori obligata non aufert. Reſp: Quod dictum eſt, quod primus creditor qui generalem hypothecam habet, præferatur ſecundo creditori in rebus ſpecialiter ſibi pignori obligatis, hoc eſt verum, ſi purè & ſimpliciter generalis hypotheca eſt conſtituta *d. l. 2. ff. Qui potior in pig.* Cæterum ſi quædam bona ſunt ſpecialiter obligata primo creditori, & ei obligationi ſubjecta eſt generalis hypotheca, non purè & ſimpliciter, ſed ſub conditione, ſi ex ſpeciali hypotheca creditor indemnitatem conſequi non poterit, opus erit diſtinctione. Nam aut ſpecialis hypotheca non ſufficit exoluendo debito, & tunc præfertur primus creditor in generali hypotheca omnibus poſterioribus creditoribus. Aut ſufficit ſpecialis hypotheca ſolutioni debitæ pecuniæ, & tunc poſteriores creditores reſpectu earum rerum, quæ ſibi ſunt obligatæ, non tam ſunt potiores quam ſoli, *l. 2. ff. Qui pot. in pig. & l. 2. C. de pigno.* Sed etſi primò quædam ſpecialiter, & vniuerſa bona generaliter fuerint obligata, nulla adjecta conditione, tamen juriſdictio ita temperanda eſt, vt ſi creditor ex ſpecialiter obligatis bonis vniuerſum debitum conſequi poſſit, remoueatur à petitione earum rerum, quæ aliis poſtea ſpecialiter ſunt obligatæ: *l. 2. C. de pigno.* quia tacitè hoc actum videtur, vt non aliter generali hypotheca vtatur, quam ſi ſpecialis non ſufficiat.

Secundò objicitur *l. idemque 7. §. 1. ff. Qui po. in pig.* vbi traditur, quod ſi primo alicui omnia bona generaliter ſint obligata, & deinde alteri creditori ſpecialiter fundus obligetur, quod vterque creditor concurrat in pignore fundi obligati. Ergo prior creditor habens generalem hypothecam, non præfertur poſteriori creditori habenti ſpecialem hypothecam. Reſp. Ibi ſimul & eodem tempore debitor vni creditori omnia ſua bona generaliter obligauit, & alteri creditori ſpecialiter fundum pignori dedit, quo caſu pares ſunt creditores tanquam tempore concurrentes. Aliud dicendum eſt, ſi debitor diuerſis temporibus alteri generaliter bona ſua obligauit, alteri vero ſpecialiter fundum: tunc enim prior creditor habens generalem hypothecam præfertur poſteriori, etiam in fundo ſpecialiter illi obligato *Gl. in d. l. idemque §. 1.*

Poſtremò

Postremo notandum, quod hæc regula, quod creditor prior tempore præferatur in pignore, non procedat, si creditores tempore posteriores habeant speciale aliquod priuilegium, cujus respectu prioribus creditoribus hypothecariis præferuntur. Tales sunt primo, creditores qui in refectionem domus pecuniam crediderunt: hi enim priuilegium habent, vt prioribus creditoribus expressam hypothecam habentibus præferantur, *l. si ventri. 24. §. 1. ff. de reb. auct. jud. poss. l. creditor. 25. ff. de reb. cred. l. 1. ff. in quib. caus. pig. tac. contr.* Secundo, pupillus licet tempore posterior, priori creditori expressam hypothecam habenti præfertur. *l. idemque. 7. ff. Qui pot. in pig. l. vlt. ff. de tut. & rat. distr. l. 3. ff. de reb. eorum qui sub tute.* Tertiò, mulier dotem repetens, præfertur aliis creditoribus tempore prioribus tam expressam quam tacitam hypothecam habentibus, in bonis mariti, quæ illi tacitè pro dote recuperandâ sunt obligata, *l. assiduis. C. Qui pot. in pig.* Quartò & vltimo. Fiscus licet tempore posterior, præfertur prioribus creditoribus in bonis post fisci obligationem quæsitis. Aliàs priuatus creditor prior tempore præfertur fisco posteriori in bonis quæsitis ante obligationem fisci. *l. si is qui. 28. ff. Qui pot. in pig. Cujac. lib. Obs. 10. c. 22. Conna. lib. 4. com. c. 17. num. 7.*

ASSERTIO LXXXIII.

Vsura est accessio sortis seu quantitatis.

HÆc definitio vsuræ confirmatur rescripto Alexandri Imp. videlicet per *l. frumenti. 12. C. de vsur.* vbi statuitur, frumenti vel hordei mutuò dati accessiones ex nudo pacto esse præstandas: quo loco per accessionom vsura intelligitur. Porrò vsura non significat quamuis accessionem, sed talem accessionem, quæ fit ad sortem seu quantitatem. Sortis seu quantitatis nomine intelligunt IC. non tantum pecuniam numeratam, verum res omnes, quæ mutuam functionem in suo genere recipiunt, & quæ pondere, numero & mensurâ constant, vt sunt vinum, oleum, frumentum *l. 2. §. vlt. & l. seq. ff. de eo quod cer. lo. l. 2. §. creditum. ff. de reb. cred.* Pro hisce rebus fungibilibus mutuo datis rectè exiguntur vsuræ. Et quod pro nummis vsuræ exigantur, probatur per *l. 1. 2. 3.* & passim per *totum tit. C. de vsur.* Quod verò ad hordeum vel frumentum vsura accedat, indicatur in *d. l. frumenti. C. de vsur.* Denique in *l. oleo. 23. C. de vsur.* Imper. Philippus respondit, oleo vel quibuscunque fructibus mutuo datis, vsuras deberi.

Sed obstat huic decisioni *l. pro auro. 25. C. de vsur.* vbi Imp. Constantinus sanciuit, pro auro & argento & vestibus licitas solui vel promitti vsuras.

Ibi apparet pro vestibus licitè vsuras solui, cum tamen vestes non sint quantitates. Vnde malè definitur, vsuram esse accessionem ad sortem seu quantitatem. Resp. Pro vestibus vsuræ solui vel promitti possunt, quando hoc agitur inter contrahentes, vt vestes æstimatæ dentur, ita vt pecunia reddatur, quo casu pro veste ita datâ, vt pecunia reddatur, licitè vsura soluitur & promittitur. Idem dicendum est, si non vestes, sed aliæ quæcunque species dantur, & pecunia redditur. Sic in *l. 3. §. vlt. ff. de vsur.* traditur, Auro vel argento facto legato vsuras deberi, si testator materiam istam ideò reliquit, vt ea distractâ, & pecunia inde redactâ, legata soluerentur. Si verò testator ideò aurum vel argentum reliquit, ut legatarius hisce vasis & scyphis vteretur, non sine rubore desiderabuntur vsuræ, ideoque nec exigentur.

Secundò aduersatur *l. cum quidam 17. §. fin. ff. de vsur.* vbi deciditur, hæredes qui statuas vel imagines Reipub. legatas non posuerunt, vsuras trientes Reipub. pendere debere. Atqui statuæ & imagines non sunt quantitates. Vnde colligitur, quod non in solis quantitatibus, sed etiam in corporibus & speciebus vsuræ locum habeant. Resp. Statuis vel imaginibus Reipub. legatis, pecunia legata censetur, ex quâ statuæ vel imagines confici possunt. *l. si legatum, 5. ff. de oper. publ.* Ideoque statuis vel imaginibus non positis tempore à Præside præfinito, propter moram præstantur vsuræ Reipub. vsque ad tertiam centesimæ, hoc est, vsuræ trientes. Tertiò obstat *l. 1. ff. de naut. fœn.* vbi non modo pecuniæ, sed etiam mercium ex pecunia comparatarum vsuras solui Vlpianus scribit. Resp. Ibi non penduntur vsuræ mercium tanquam corporum, sed tanquam quantitatis & æstimationis, ita vt vsuræ pendantur pretij, quo merces sunt æstimatæ.

ASSERTIO LXXXIV.

Vsuræ debentur ex morâ, in bonæ fidei contractibus.

HÆc decisio multis ICtorum responsis & constitutionibus principum passim confirmatur. Sic enim Martianus inquit in *l. mora 32. ff. de vsur.* In bonæ fidei contractibus vsuræ ex mora debentur. Similiter Paulus respondit in *l. cum quidam. 17. §. ex locato. ff. eodem.* Eum qui ex locato conuenitur, ex mora vsuras præstare debere. Præterea à Gordiano Imperat. rescriptum est, vsuras in depositi actione, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis ex mora venire. Porro debitor præstat vsuras ex mora in bonæ fidei contractibus, non vero in stricti juris contractibus, & propterea Impp. & IC. in rescriptis & responsis suis nominatum bonæ fidei contractuum mentionem faciunt,

faciunt, vt ostendant in contractibus strictis ex morâ vsuras non deberi.

Sed in contrarium adducitur. *l. Titia Sejo. 87. §. 1. ff. de legat. 2. & l. in minorum C. in quib. caus. in int. rest. non est nec.* vbi traditur, quod legatorum etiam & fideicommissorum vsuræ ex morâ debentur, quę sunt stricti juris judicia, ideóque in strictis negotiis vsuræ quoque ex morâ debentur. Resp. Ab hac regulâ, qua dicimus vsuras in bonæ fidei contractibus venire, non in negotiis strictis, excipienda sunt legata & fideicommissa, quorum natura licet stricta sit, tamen nihilominus ex iis vsurę ex mora debentur. Ratio ejus juris est fauor vltimarum voluntatum: in legatis namque & fideicommissis major bona fides exigitur, quam in aliis negotiis strictis: Idque ideò receptum est, vt vltimæ defunctorum voluntates, quibus jura vt plurimum fauent, quam plenissimè conseruentur, & quam citissimè ad exitum perducantur. *Fac. l. vsura 34. ff. de vsur.* vbi dicitur, quod quoad vsuras & fructus attinet, legata & fideicommissa, bonæ fidei judiciis & actionibus comparantur.

Secundò grauiter aduersatur *l. 1. §. 1. ff. de vsur. & l. 5. C. de act. empt.* In *l. 1.* docet Papinianus, socium qui pecuniam communem inuasit, & in vsus suos conuertit, omnimodò etiam morâ non interueniente debere præstare vsuras. In *d. l. 5.* sancitur, emtorem, qui nactus possessionem venditam, fructus percepit, partem pretii quam penes se habet cum vsuris restituere debere, licet nulla mora intercesserit. Resp. Mora dupliciter committitur; Alia est mora, quæ fit ex re ipsa, id est, ex solo tempore tardæ solutionis *l. cum verò 26. §. apparet. ff. de fideicom. libert. d. l. in minorum. C. in qui. caus. in int. rest.* Alia mora est, quæ fit per interpellationem oportuno tempore & loco factum *d. l. mora ff. de vsuris.* At verò quod dicitur in *d. l. 1. §. 1. ff. de vsur. & l. 5. C. de act. emp.* Vsuras deberi morâ non interueniente, hoc accipiendum est de morâ quæ fit ex personâ, seu per interpellationem, interim tamen mora reipsa commissa est. Sic socius qui pecuniam communem in vsus suos conuertit, reipsa moram committit, licet moram non committat ex personâ, *h. e.* quamuis socius non interpellauerit socium, vt pecuniam solueret. Ideoque etiam ad vsuras tenetur, quia tardius soluit, mora enim re ipsa committitur ex solo tempore tardæ solutionis. Similiter quoque in *d. l. 5. C. de act. empt.* mora fuit ex re facta sine vlla interpellatione, quod ex duabus rationibus satis constat. Nam primò ibi minor 25. annis fuit venditor, cui vsuræ præstantur: atqui minori viginti quinque annis mora fit in re, id est, ex solo tempore tardæ pretii solutionis *d. l. in minorum. C. in quib. caus. in int. rest.* Altera ratio est, quia emtor nactus est possessionem fundi venditi, & ex eo fructus percepit; ideoque æquum est, vt in vicem perceptorum fructuum pretium cum vsuris reddat. Eo enim ipso, quod emtor re vendita & tradita fruitur, æquissimum est eum vsuras pretii pendere, quia moram re ipsa committit, quod

rei venditæ fructus percipit,& pretium non persoluit:vnde & æquum est eum vsuras pretii præstare debere. *l. Iulianus. 13. § ex vendito ff. de act. empt.* Hinc consequenter intelligitur, verum id esse quod dicimus, in bonæ fidei contractibus vsuras deberi ex morâ,quæ vel ex personâ facta est,puta interpellatione præcedente,vel saltem re ipsa commissa est. Ita tradunt *Borcholt. de vsur. c. 3. a num. 13. vsque ad 33. Donel. in tracta. de mora c. 6. in princ.*

ASSERTIO LXXXV.

Actori incumbit onus probandi, non autem Reo.

ACTORI qui judicio aliquid persequitur, siue agat actione ciuili siue criminali, onus probandi incumbit,reus autem non adstringitur necessitate probandi. *l. 2. l. 8. & l. actor. 23. C. de probat.* Actore enim non probante reus, etiamsi nihil probauerit,nihil præstiterit,nihil pro se allegauerit, absolui debet, *l. qui accusare C. de edendo. l. negantes 9. C. de oblig. & act.* Ratio autem,cur actori incumbat onus probandi, non autem reo, hæc est, quia in pari causa pro possessore judicatur. *l. 2. C. de cond. ob turp. caus. l. in pari. 128. ff. de R. I.* Cur autem in pari causa ita judicetur, duplex ratio adferri potest, prima est, quia reus est fauorabilior actore *l. fauorabiliores 125. ff. de R. I.* Et cum propensiores simus ad absoluendum, quam ad condemnandum, judicamus potius pro dissoluenda obligatione, quam pro ea constituenda. *l. Arrianus ff. de Obligat. & act.* Altera ratio est,quia actor affirmat,reus verò negat,atqui per rerum naturam efficitur,vt probanda sit affirmatio,non verò negatio *l. 2. ff. de probat. l. actor. 23. C. eodem.*

Aduersatur primò huic regulæ *l. circa. 14. ff. de probat.* vbi reo iniungitur onus probandi, non actori. Resp. Ideò reus ibi probat suam intentionem, quia vltrò suscipit in se onus probandi, sed inuitus reus non adstringitur necessitate probandi, neque inuitus cogitur probare, *d. l. actor.* Vnde & si reus in probatione,quam vltrò suscepit,defecerit nihilominus tamen si actor non probauerit petitionem suam, reus est ab soluendus. DD. in *d. l. actor.*

Secundò opponitur *l. ciuile 5. C. de furt.* vbi dicitur non esse in ciuile,quod actor desiderat,vt reus exhibeat venditorem à quo dicit se rem petitam emisse. Resp. Ea defensio exigitur à reo possessore rei furtiuæ, vt euitet suspicionem furti, quia res surrepta apud illum fuerat deprehensa,& cum interrogaretur, vnde illam haberet, dicebat se ab ignoto & transeunte emisse, hinc erat contra eum aliqua suspicio furti, ad quam avertendam debet indicare venditorem.

Tertiò

Tertiò decisioni obstat hoc argumentum. Quoties actor semiplenè probauit suam intentionem, tunc judex defert reo plerumque jusiurandum, vt se purget, interdum etiam ipsi actori defertur jusiurandum, vt si reus minus fide dignus sit. *c. vlt. ex. de jurejur. l. 3. C. de reb. cred. l. admonendi 31. ff. de jurejur.* Ergò non semper reus absoluitur, si actor intentionem suam legitimè non probauit. Resp. Vbi actor planè nihil probauit, reus omninò absoluendus est, vbi vero semiplenè probauit, tunc quia suspicionibus aliquibus & præsumtionibus reus grauatus est, debet se juramento purgare.

Quartò opponitur *l. siue possidetis 12. C. de probat.* vbi cum frater peteret à fratre petitione hæreditatis prædia paterna, & hæreditaria, & frater assereret ea prædia sibi esse donata à patre, cogitur frater qui reus est, etiamsi possideat ea prædia, probare sibi illa à patre esse donata. Resp. Hoc casu fratri ideo incumbit probatio assertæ donationis, quia alter frater actor adjuuatur præsumtione juris, quod scilicet mortuo patre filii præsumuntur esse hæredes & domini bonorum paternorum. *l. in suis. ff. delib. & posth.* Itáque cum alii fratres affirment se esse dominos ex causa donationis, hoc probare tenentur, quia præsumtio iuris in eos transfert onus probandi: donatio enim non præsumitur, nisi probetur, *l. cum de indebito 25. ff. de probat.* Quoties ergo præsumtio est pro actore contra reum, tunc reus grauatur onere probandi, quia effectus præsumtionis est, vt onus probandi incumbat ei contra quem militat præsumtio. *l. si pactum 9. l. si chirographum 24. ff. de probat. l. dotem 30. ff. de jur. dot.*

Vltimo obstat *l. vbi 22. C. de fals. & l. vlt. C. de abolit.* vbi in criminibus læsæ majestatis, peculatus, & falsi, ab vtraque parte exiguntur probationes. Resp. Hoc specialiter receptum est in hisce atrocibus criminibus. Quod tamen ita intelligendum est, non vt probatio exigatur à reo, quasi actore non probante sit condemnandus, sed vt probatio rei opponatur probationi accusatoris, atque ita veritas magis elucescat, ne ex probationibus actoris condemnetur reus, qui fortè melioribus probationibus oppositis se tueri potest.

ASSERTIO LXXXVI.

Homo præsumitur viuere vsque ad centum annos.

DECISIO hæc, quod homo præsumatur viuere vsque ad centum annos, nisi probetur mortuus esse, ab Accursio aliisque DD. communiter recepta & approbata est. Ita tradit *Accurs. in l. 2. §. si dubitetur. ff. Test. quemad. aper.* Eáque assertio probatur in *l. an vsusfructus 56. ff. de vsufructu.* vbi traditur, quod

quod vsusfructus ciuitati relictus duret vsque ad centum annos, addita hac ratione, quia hoc tempus finis longæui hominis esse dignoscitur. Idem affirmatur in *l. vlt. C. de SS. Eccles. & Novel. 9. Vt Eccl. Ro. cent. ann. gaud. præscr.* vbi asseritur, quod contra Ecclesias & pia loca currat tantum centū annorum præscriptio, subjecta hac ratione, quia hoc tempus vitæ longæui hominis plerumque finis dijudicatur. Hujus rei hic est effectus, quod si aliquis peregrè absentis hæreditatem tanquam proximus hæres ab intestato adire & amplecti velit, is prius probare cogitur, eum de cujus hæreditate agitur, è viuis excessisse, vel jam à tempore natiuitatis ejus tempus centum annorum effluxisse: præsumtio enim est, eum tamdiu per rerum naturam superstitem esse posse, ideóque nulla ejus tanquam viuentis hæreditas ad hoc vsque tempus ad aliquem delata dici potest, nisi certo probetur eum mortuum esse *arg. d. l. 2. §. si dubitetur. l. qui superstitis 94. ff. de acq. hered.*

Contra hanc decisionem tale mouetur argumentum. Conjecturæ & præsumtiones sumuntur à communiter accidentibus: sed ex quotidiano vitæ humanæ cursu apparet, paucissimos homines ad tempus centum annorum vitam suam producere. Ergo non rectè, neque verè dicitur præsumi hominem viuere vsque ad centum annos. Resp. Hæc objectio non tollit hanc præsumtionem juris: Nam hæc decisio ita accipienda est, quod per rerum naturam & vitæ humanæ cursum, possit homo ad centum annos vitam suam extendere. Cum ergo potentia per præsumtionem juris censeatur hominem ad centum annos viuere posse, ille qui dicit hominem aliquem adhuc viuere, quod cursus vitæ ejus nondum attigit centesimum annum, per præsumtionem juris fundatam habet suam intentionem, quoad aduersarius probet eum de quo disceptatur, esse mortuum, quia præsumtio juris releuat eum pro quo stat præsumtio, ab onere probandi & transfert onus probandi contrarium in aduersarium *l. siue possidetis. C. de proba. l. vlt. in princ. ff. Quod met. caus.* melior tex. in *l. generaliter, §. si petitum. in fin. ff. de fid. lib.* Porro neque hoc rarum & infrequens est, vt homo ad centum annos vitam suam extendat, quod communi experientia mundi, variisque exemplis demonstrari potest. Quod imprimis inter cætera comprobatur testimonio sacræ Scripturæ. *Genes. 6.* vbi Deus Opt. Max. terminum humanæ vitæ definit centum viginti annorum spacio. Vnde Abrahamum, Isaacum, Iacobum, Moysen, aliosque multos Patriarchas hoc spacium vitæ longè excessisse sacræ literæ apertè ostendunt. *Deuteronom. c. vltim. numero 17.* vbi refertur, quod Moyses centum viginti annorum erat, quando mortuus est, Abraham autem vixit annos centum septuaginta quinque. Eundem etiam terminum vitæ attigisse Claudium Mathematicorum doctissimum, Trebellius Pollio scriptum reliquit. Præterea Democritum summa animi tranquillitate

quillitate vitam perduxisse vsque ad 109. ætatis suæ annum, testis est *Philip. Melanth. in libello de anima.* Adhæc Terentiam Ciceronis vxorem 117. annis vixisse, Clodium Ofelli 115. annis superstitem fuisse, testatur *Plinius lib. 7. cap. 48.* Iustinianus etiam Imp. in §. *si verò intra, Nou. de Monach.* refert se egisse cum Zosimo Abbate centesimum & vigesimum ætatis annum agente. Denique testantur historiæ Hippocratem vsque ad centesimum quartum annum vitam suam produxisse. Galenum porrò 120 annos vixisse scribitur, idque hac victus ratione esse consecutum, quod à cœna vel prandio nunquam satur abierit. Vesci enim citra saturitatem, impigrum esse ad laborem, vitale semen conseruare, hæc tria esse longè saluberrima scriptum reliquit *Plutar. in libel. de sanit. tuen.* Plura longioris vitæ exempla commemorata reperies apud *Cel. Rhodoginum lib. 20. antiq. lect. c. 134.* Verior itaque hæc est sententia, legibusque & probatorum authorum scriptis magis consentanea, quod homo naturaliter præsumatur viuere vsque ad centum annos, nisi probetur contrarium. Quod & communi DD. calculo comprobatum est, licet dissentiant *Coras. lib. 5. Miscel. c. 18. Arius Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 3. c. 4. n. 33. Menoch. de præsump. lib. 6. præsum. 19.*

Opponitur *l. si quis argentum §. fin autem. vers. in redditibus C. de donation.* vbi traditur in donatione redditu um ad vitam, sumi spacium quindecim annorum: quia tantum homo viuere præsumitur. *Glos. ad d. l.* Resp. Hoc speciale est in donatione redditu um ad vitam. Ratio hæc est, quia cum donator ex sua liberalitate conueniatur, mitius cum eo agendum est, ne alioqui beneficium sit ipsi damnosum. Ita tradit *Tiraquell. de retract. lignag. et §. 1. Gloss. 6. num. 20.*

ASSERTIO LXXXVII.

Scriptura regulariter non pertinet ad essentiam, sed ad probationem contractuum.

PRo regula passim in jure traditur, quod instrumenta & scripturæ in contractibus, non ad substantiam, sed tantum ad probationem contractus adhibeantur, vt scilicet id quod actum est, per scripturas facilius probari possit: sine his autem valeat id quod actum est, si testibus aliisque legitimis probationibus contractus fides probari & doceri possit. Sic pignus, emtio, locatio, matrimonium, aliique contractus efficaciter valent & subsistunt, licet scriptura nulla interuenerit, dummodò de voluntate & consensu contrahentium aliis legitimis probationibus constet. textus sunt expressi in *l. 4. ff. de pig. l. 4. ff. de fid. instr. l. cum res, 12. C. de probat. l. 9. & 10. C. de fide instr.*

Q Opponitur

Opponitur huic assertioni *l. 1. C. de jur. emph.* vbi traditur, quod scriptura ad substantiam contractus emphyteutici necessariò interuenire debeat. Resp. Hoc speciali ratione constitutum est, vt contractus emphyteuticus absque scriptura perfici non possit. Cum enim plerumque hic contractus in perpetuum vel ad longissimum tempus memoriam hominum excedens ordinetur, & testes facilè intermori possunt, aut oblivioni tradere, quæ à tam longinquo tempore gesta sunt, & ita huius contractus fides facilè extingui possit, hinc factum est, vt hic contractus literis & instrumentis, tanquam fidelissimis rerum & negociorum custodibus committi debeat, quo sic fides & rei gestæ veritas temporis decursu non vacillet, & ab oblivione commodissimè hic contractus vindicari possit.

Secundò objicitur *l. contractus 17. C. de fide instr. & Instit. de emp. & vend. in princ.* vbi traditur quoties inter emtorem & vēditorem conuenit, vt emtio in scriptis redigatur, tunc emptio non censetur perfecta, antequam scriptura sit completa. Resp. In eo casu scriptura in emtione necessaria est propter conuentionem contrahentium, qui nominatim pacti sunt, vt scriptura ad contractum emtionis sit necessaria, quæ conuentio facit, vt non tantum ad probationem, sed etiam ad substantiam emtionis scriptura interuenire debeat. Vnde cum conuenit, vt scriptura adhibeatur emtioni, tunc hæc scriptura adeò est necessaria, vt contractus emtionis non intelligatur perfectus, nisi scriptura sit absoluta, vnde & per pœnitentiam ab eā recedere licet, quamdiu scriptura non est perfecta & completa. *d. l. contractus.*

Tertio aduersatur *Auth. hoc jus porrectum. C. de sacr. Eccl.* vbi statuitur, res Ecclesiæ oppignorari non posse, nisi interueniat scriptura. Resp. Hoc specialiter est receptum in oppignoratione bonorum immobilium Ecclesiæ, nam & alias generaliter traditum est, quod omnes alienationes rerum Ecclesiasticarum in scriptis fieri debeant. *c. sine exceptione. 12. quæst. 2. c. hoc jus. 10. qu. 2. VVesenb. in parat. ff. Si ag. vect. pet.* Plures casus, quibus scriptura ad substantiam contractuum & pactorum necessaria est, vide apud *Accurs. ad l. pactum 17. C. de pact.*

ASSERTIO LXXXVIII.

Scripturæ diuersæ & contrariæ ab eâdem parte prolatæ, fidem sibi inuicem derogant.

DIVERSITAS & repugnantia scripturarum ab eâdem parte in judicio productarum, facit fidem illis non adhiberi. tex. in *l. scriptura. 14. C. de fid. instr. c. imputari ex eodem. tit.* Ratio assertionis est, quod qui contraria instru-

instrumenta producit, vtrumque verum esse fatetur, quod tamen est contra naturam, vt duo contraria simul esse vera possint, ideóque propter repugnantiam fides iis derogatur. *l. vbi pugnantia.88.ff.de R.I.* Exemplum hujus decisionis poni potest, si proferantur duo testamenta eodem die scripta, sed alio atque alio hærede instituto, vt nescias vtrum eorum sit posterius, nam hîc vtrumque alteri sic derogabit fidem, vt ex neutro adiri possit hæreditas. *Glos. in l. 1. §. 1. ff. de bon. poss. sec. tab.* Repugnant etiam sibi instrumenta, & si contrarietas sit tacita, & per indirectum, veluti si duorum instrumentorum altero contineatur me Louanii accepisse mutuò, altero verò eodem die Romæ, quod locorum distantia non patitur. *l. optimam C. de contr. stipul.* Procedit autem hæc decisio tam in actore quam reo, licet major videatur esse ratio in actore, propterea quod reus pluribus defensionibus etiam diuersis & contrariis vti potest. *l. nemo. & ibi Gl. ff. de except. c. nullus pluribus. de R.I. in 6.* In actore verò nulla est admissa contrarietas *l. 1. C. de furt.* Sed sanè neutri parti probatio est permissa. *Salyc. ad d. l. scriptura.*

Opponitur huic enunciato, quod si testes ab eadem parte producti sibi inuicem contraria deponant, quod fidem sibi inuicem non derogant, sed statur testibus dignioribus, honestioribus, & verisimiliora deponentibus *l. ob carmen 21. §. 1. ff. de test. l. jurisjurandi 8. C. de testib. Nou. 90. de testib. c. in præsentia. & ibi Glossa in verb. diuersa. ex. eo.* Atqui parem vim & fidem in probando obtinent instrumenta, & testes *l. in exercendis 15. C. de testib.* Ergò eodem modo dicendum est, quod non statim contraria instrumenta fidem sibi derogant, sed dignioribus scripturis standum est. Resp. Aliud obtinet in testibus quam instrumentis ab eadem parte productis, quia si testes diuersa vel contraria dicant, stabitur dignioribus, scripturæ vero contrariæ sibi inuicem fidem derogant. Ratio diuersitatis est, quod producenti nihil imputari potest, cur produxerit testes contraria testimonia perhibentes, cum ipse non potuerit præuidere, quid dicturi essent, nec licuerit ei testes conuenire instruendi testimonij caussa, priusquam deponerent. Sed instrumenta priusquam producuntur, perlegi & examinari possunt à producente, num sint repugnantia, quod cum factum non fuerit, & contraria instrumenta produxerit, imputari merito debet producenti, quæ ratio redditur in *c. imputari. ex. de fide instr.*

Secundò prædictæ decisioni obstat, quod binis tabulis testamenti prolatis, sic vt in alteris centum, in alteris verò contineantur quinquaginta alicui legata, debetur tamen minor quantitas *l. Sempronius Proculo 47. de legat. 2.* vbi tamen secundum dispositionem hujus assertionis nihil consequeretur legatarius, sed scripturæ contrariæ sibi inuicem fidem derogarent. Resp. *Salycet. ad d. l. scriptura C. de fid. inst.* quod in *d. l. Sempronius*, non producebantur scripturæ diuersæ ab vna eademque persona, sed à legatario

 adfereba-

adferebatur testamentum, quod majorem quantitatem comprehendebat, ab hærede verò, quod minorem continebat. Vel si dederis ab vna eademque persona, nempe legatario, ambas scripturas fuisse productas, multum tamen adhuc differentiæ est, cum casu *d. l. scripturæ*. Ibi enim legatarius binas illas tabulas vt diuersas protulit ad diuersos fines: nempe vt vtrumque legatum consequeretur. Quantitas enim facilè est multiplicabilis, & sæpius legari potest. *l. quinquaginta. ff. de probat. l. planè. 34. §. sed si ff. de leg. 1.* Hic verò scripturæ diuersæ producuntur ad vnum eundemque finem, ad quem scilicet in exordio litis conclusum est. Præterea in allegata lege contraria hæres consentiebat implere, quod in alteris tabulis erat relictum, nempe minorem quantitatem. Neque enim intendebat vtrasque impugnare, quod vix quoque facere potuisset, nisi & suam institutionem euertere voluisset, hic verò vtramque scripturam contra se productam negat, & vnius fidem impedit altera, cum quod vna adstruit, altera destruit.

ASSERTIO LXXXIX.

Latior declaratio Assertionis 87. quod instrumenta & scripturæ non pertinent ad substantiam contractuum, sed ad probationem.

SI contractus & pacta bonâ fide sint inter contrahentes celebrata, licet scriptura non interuenerit, tamen si aliis probationibus rei gestæ veritas cōfirmari potest, tanquam validè & legitimè confecta inuiolabiliter custodiri debent. *l. pactum. 17. C. de pact.* Pacta itaque & contractus valent etiam non interueniente scriptura. Instrumenta enim non ad substantiam negociorum & contractuum, sed ad fidem & probationem adhibentur. Ideóque si aliis etiam probationibus, puta testibus, confessione partis, aliisque documentis rei gestæ veritas confirmari potest, nihilominus valet quod actum est *l. 4. ff. de pignor. l. 4. ff. de fide instr. l. 5. C. de transact.*

Sed huic decisioni primò opponitur. *l. contractus. C. de fide instr.* vbi contractus venditionis non aliter valet, nisi scriptura accesserit, instrumentáque sint in mundum redacta, & omnibus suis numeris completa. Resp. Hoc ideò statutum est, quia inter contrahentes ita conuenerat, vt contractus non aliter valeret, quam si scripturæ committeretur, ideóque conuentio dat formam & legem contractui. *l. 1. §. si conuenit. ff. de pos.* vbi dicitur, quod contractus ex conuentione legem accipiunt. Concordat *l. contractus 23. in verb. quod conuenit, legem contractus dedit. ff. de reg. jur.*

Secundò

Secundò aduersatur, quod contractus emphyteuseos non aliter de jure subsistit, nisi scriptura interueniat. Ideoque aliquando ad substantiam contractus scriptura requiritur. *l. 1. C. de jur. emph.* Resp. Hoc ideò est introductum, quia contractus hic plerumque fit in perpetuum, vel ad tempus memoriam hominum excedens. Vnde quia testium memoria est labilis, facileque testes mori possunt, tutius est hunc contractum instrumentis & literis fidelissimis rerum custodibus committere. *Coras. ad l. 1. C. de jur. emph.*

Tertiò objicitur *l. generaliter. 13. C. de non nu. pec.* vbi statuitur, quod si quis in scriptis confessus sit se ex certâ aliquâ causa quid debere, non potest contrarium probare, nisi per aliam scripturam. Resp. Specialis istius juris ratio in eadem lege subjicitur, quia nimis indignum est, vt quod quisque sua voce dilucidè protestatus est, id eum velle infirmare, testimonioque proprio resistere. Itaque quia turpe est venire contra propriam confessionem meritò hic alia probatio non sufficit, quam quæ scriptura constat.

Quartò refragatur huic assertioni, quod donatio excedens 500. aureos, non aliter valet, quam si in acta & scripturam publicam redigatur, & notioni magistratus competeriter insinuetur. *l. sancimus. 34. C. de donat.* Resp. Hæc immensa donatio ideò debet insinuari, & in acta publica seu libros ciuitatum redigi, ne prodigaliter quis liberalitatem suam exerceat, & vt variis fraudibus occurratur, quæ in eliciendis hisce immensis donationibus excogitari solent, quæ vt præcaueantur, statutum est à legislatoribus, vt non aliter hæ donationes ratæ sint, nisi insinuentur notioni magistratus, & de his scriptura publica conficiatur. *VVesenb. in parat. ff. de donat. nu. 6.*

Quintò repugnat *Auth. hoc jus porrectum. C. de SS. Eccles.* vbi constituitur, quod res immobiles Ecclesiæ non possint alienari, nisi interueniente scripturâ. Resp. Hoc specialiter & singulari jure introductum est in fauorem Ecclesiarum & aliorum piorum locorum, ne eorum prædia & possessiones facilè alienari possint, nisi majori aliqua solemnitate interueniente.

Sextò opponitur. *l. 1. C. de mand. Princ.* vbi statuitur, quod in mandatis Principum allegandis nemini fides adhibetur, nisi exhibito diplomate in scripturam redacto. Resp. Puto & hoc speciali jure introductum esse: idque propter hanc rationem: quia cum Principes grauiorum & plurimorum negotiorum mole sunt occupati: possent facilè per incogitantiam & præcipitanter aliquid mandare, quod tamen non serio & certo factum vellent. Ideoque vt certius de voluntate Principum constet, rectè placuit, mandata Principum non aliter valere, quam si per scripturam probentur.

Septimò & vltimò obstat. *l. 3. C. Si min. se majo. dix.* vbi statuitur, quod si minor 25. annis in instrumento jurauit se majorem, quod contra hanc juratam assertionem non restituatur in integrum, nisi per instrumentum

probet se minorem 25. annis. Resp. Et hoc propter religionem jurisjurandi singulariter est introductum, vt fides jurisjurandi sanctè obseruetur, & non temerè jusjurandum in scriptis deliberato praestitum violetur. Ideoque non aliter admittitur minor ad infringendam confessionem aetatis suae propria scriptura & jurejurando confirmatam, quam per contrariam scripturam. Accedit & altera ratio, quod quoties agitur de probanda aetate, plus valent instrumenta, veluti professiones natales & censuales, quam testes *l. 1. C. de test.* Tenere enim annorum memoriam est difficile. Vnde facilius admittitur in hoc casu probatio instrumentorum quam testium *l. 3. §. duae. ff. de Carb. edict.* Postremo notandum, quod his casibus, quibus scriptura necessario requiritur ad substantiam contractuum vel negotiorum, si scriptura casu aliquo fortuito deperdita est, tunc probato casu fortuito amissionis instrumentorum admittuntur testes: qui de veritate ipsius rei vel negotii fidem faciant. *l. testium in fin. Cod. de testib. Alciat. ad l. pactum. 17. C. de pact. in fine.*

ASSERTIO XC.

Mulier in criminalibus causis testis esse potest.

MVLIEREM posse esse testem in criminalibus causis, probat apertè. *l. 2. ff. de accus.* vbi traditur mulierem non cogi contra consanguineos in causis criminalibus dicere testimonium. Ergo potest si velit testis esse, imo contra extraneos in criminibus vt testimonium dicat, cogi potest. Idem probat. *l. ex eo. 18. ff. de testib.* sumto argumento à contrario sensu: dum enim ibi dicitur, mulierem damnatam publico judicio repelli à testimonio, in crimine adulterij, sequitur à contrario, mulierem non damnata publico judicio, posse sicut in crimine adulterij, sic & in aliis criminibus testimonium dicere. Denique haec sententia confirmatur per *l. qui testamento. 20. §. mulier. ff. qui test. fac. poss.* vbi mulier specialiter prohibetur esse testis in testamentis. Ergo in aliis causis admittitur.

Sed contra objicitur hoc modo. Mulier non potest esse testis in testamentis. Ergo multò minus in causis criminalibus testimonium dicere poterit, quia cui non licet quod minus est, vtique nec licet quod plus est. Minus autem est in testamentis, quam criminibus testimonium perhibere, quia in causis criminalibus de vita & salute hominis agitur, in testamentis autem tantum de bonis defuncti disponitur. Resp. Hoc quod mulier non possit esse testis in testamento inde prouenit, quod veteres ad solennia nec mulierem, nec seruum, nec impuberem, nec peregrinum admittebant. *l. qui testamento.*

mento. §, *seruus. ff. Qui test. fac. poss.* Ideò autem mulier testis esse in testamento prohibetur, quia propter sexus inexperientiam non satis intelligit eas fraudes, & insidias quæ in subornandis testamentis à peritis architectis earum rerum strui solent. *d. l. qui testamento.* §. *mulier.* Porrò in criminalibus causis ideò mulier in testem admittitur, licet in testamentis secus sit, quia licet vnicuique delectum adhibere, quosnam velit testes in testamentis adsciscere, grauiores scilicet, & personas maximè spectatæ fidei, cum testamenta fiant testibus ad hoc specialiter conuocatis & rogatis, & à testimonio testamentario mulier jure ciuili remoueatur. In criminibus verò vel aliis negotiis probandis ideò mulier admittitur, quia testes ab initio vocati hic ferè non producuntur, sed qui fortè fortuito præsentes fuêre, testes ibi adhibentur, *l. ad fidem. ff. de testib. Baro ad §. testes autem. Inst. de testam. ordin.*

Secundò objicitur, quod testes à testimonio prohibentur propter lubricum consilii, sed mulier habet lubricum & imbecille judicium: præterea varium & mutabile semper est fœmina. *l. filia in orbitate. 20. C. de inoff. testam.* Resp. Mulier in criminibus testis esse potest, ideo quia probationum copià non est angustanda. Deinde hoc non est perpetuo verum, quod fœminæ sint lubricæ & inconstantes, cum pleræq; fœminæ magis sint constantes & fideles in veritate dicenda quam viri. Adde quod testes juramentum præstent de veritate proferenda, cujus relligio impellit & mouet mulieres, vt syncerè & fideliter dicant testimonium. Hanc opinionem quod mulier possit esse testis in criminalibus causis, sequuntur & approbant *Gom. z. tomo. 3. resol. c. 12. num. 13.* vbi notat ab hac opinione in judicando & consulendo non esse recedendum. Eandem sententiam defendunt *Decius ad l. 2. in princ. ff. de R. I. Vigl. ad §. 1 stes. Inst. de test. ord.* Et hæc sententia quod mulier in causis criminalibus testis esse possit, communi Doctorum calculo est recepta, vt testatur *Tobias Nonius ad §. testes autem. nu. 18. Inst. de testa. ordin.* Planè Iure Canon. aliud receptum est, nam eo jure in causis criminalibus testis esse non potest mulier. *c. forus. ex. de verb. sign.* vbi addit rationem Pontifex, quia varium & mutabile testimonium semper fœmina producit Concord. *c. mulierem 33. qu. 5.*

ASSERTIO XCI.

Parentes & liberi neque pro se, neque contra se testimonium dicere possunt.

PARENTES & liberi neque aduersus se, neque pro se testimonium perhibere possunt. *l. parentes. 5. C. de testib. l. testis idoneus. 9. ff. eodem.* Ratio prioris

prioris est, quia liberi debent honorem & reuerentiam suis parentibus, vnde contra eos testimonium dicere prohibentur. Ratio posterioris est, ne sibi quis quodammodo dicat testimonium, cum pater & filius largè reputentur pro vna eademque persona. *l. vlt. C. de imp. substit.* Porrò non modo inuiti, sed ne quidem volentes possunt dicere testimonium inter se parentes & filii. Quinimò nec contra volentes potest dici testimonium, licet pater & filius consentiant, vt aduersus se dicatur, quia hoc casu judex eos repellet à testimonio, ne scandalum inter eos oriatur. Ita notat *Accurs. in d. l. parentes,* quem omnes sequuntur *arg. l. quos prohibet. ff. de postul. & l. alta causa. 14. §. 1. ff. Solut. matr.* A quâ tamen sententia discedit *Zasius lib. 1. sing. resp. c. 11.* qui existimat patre consentiente posse filium aduersus se dicere testimonium, eo quod reuerentiæ nexus hic non violetur, ne consentienti fiat vlla injuria. Verum probabilior videtur Accurs. sententia, quod omnino testimonium inter eas personas sit interdictum, quia tex. in *d. l. parentes*, non dici repelli posse testem, seu excipi aduersus eum, quo casu posset non excipiendo & non repellendo tolerari testimonium, sed in totum ne quidem volentes eos admittendos esse ostendit.

Objicitur huic assertioni *l. etiam. 16. & l. Imperatores, antepenult. §. 1. ff. de probat.* vbi parentes & filii inter se testimonium dicunt. Resp. Pro ætate vel natiuitate filiorum probanda, parentes pro liberis in testes admittuntur, quia hæc certissimè eis nota sunt. Verum in hoc casu non plenam probationem faciet testimonium parentum, sed tantum præsumptionem adferet pro filiis, ita vt judex inde ansam veritatis latius indagandæ & inquirendæ arripiat.

Secundò aduersatur. *l. qui testamento. 20 §. per contrarium. ff. de testa.* vbi pater potest esse testis in testamento filiifam. ante missionem testamentum facientis. Resp. Hoc in testamentis ideo procedit, quia hoc casu nullum commodum acquiritur filio per testimonium patris, sed hoc tantum agitur, vt testamentum sortiatur effectum. Itaque in judiciis merito paternum testimonium reprobatur, cum ibi de commodo producentis agatur.

Tertiò opponitur *c. 3. ex. Qui matr. accus. poss. l. de tutelæ. C. de in integrum rest.* vbi in casu matrimoniali ad probandam consanguinitatem parentes & consanguinei admittuntur in testes. Resp. Hoc speciali casu parentes pro filiis admittuntur in testes, quia melius sciunt suam consanguinitatem proximi, quam extranei. Hæc autem exceptio ita est intelligenda, si quæstio sit, an matrimonium propter consanguinitatem sit prohibitum nec ne. Nam si quæstio esset de ipso consensu, id est an reipsa matrimonium contraxerint, non essent parentes idonei testes, quia suspecti sunt: vt puta pater deponens filiam suam nobiliori & ditiori nupsisse; sine dubio propensior esset ad testan-

ad testandum pro filia, quam pro sponso filiæ. in causa autem consanguinitatis aut simili ideò admittuntur; quia eam melius scire possunt quam extranei. *c. super eo. 22. ex. te de testib.*

ASSERTIO XCII.

Neque testi injurato creditur, neque vni testi fides adhibetur.

DVÆ sunt hujus assertionis partes, comprobatæ in *l. jurisjurandi. 8. C. de testib.* In prima constituitur quod testi sine juramento non creditur. Quod optima ratione introductum est, vt scilicet testes timore Dei, conscientiæ synceritatem reseruantes, veritatem bona fide attestentur. Iurare autem debent testes de veritate dicenda pro vtraque parte, & super tota controuersia, item de omnibus iis, quæ interrogabuntur. Ita tradit *Accurs. in d. l. 8. arg. §. præterea nulli. Nou. 123.*

Opponitur *Auth. sed judex. C. de Episc. & cle.* vbi Episcopo injurato creditur. Resp. Ab hac regula excipitur Episcopus, fauore enim religionis ejus testimonio fides adhibetur, licet non juret.

Secundò aduersatur, quod testes etiam injurati admittantur ad testimonium, si à partibus remittatur jusjurandum, nam & consensu partium remitti potest à testibus jusjurandum. *arg. l. 1. ff. de feriis.* tex. rotundus in *cap. tuis 39. extra. de testib.* Resp. Quilibet potest juri pro se introducto renuntiare. *l. penult. C. de pact.* Ideoque aduersarius potest renuntiare juri suo, quod videtur pro se esse introductum, ne credatur contra eum testi injurato.

Tertiò opponitur. *l. 1. ff. de ventr. insp.* vbi creditur obstetricibus etiam injuratis, renuntiantibus an mulier sit prægnans, nec ne. Resp. Excipiuntur & ab hac generali decisione obstetrices. Quoties enim tractatur de ventre inspiciendo, hoc est, quando quæritur, an mulier sit prægnans nec ne, tunc creditur obstetricibus etiam injuratis, renuntiantibus mulierem esse prægnantem vel non. *d. l. 1.* Quod tamen ita exaudit ibi Accurs. vt non præstent juramentum veritatis, sed sufficiat ab iis juramentum credulitatis præstari, quod scilicet credant & existiment se ita rem habere. Sic enim omnibus artificibus peritis in arte sua, attestantibus secundum regulas suæ professionis, se existimare verum esse quod dicunt, fides adhibetur. Vnde & creditur medicis seu chirurgis, si asserant vel existiment vulnus esse lethale. *c. significasti. extra de homicid. l. semel. 6. C. de re milit. lib. 12.*

Secundò in hac assertione hæc statuitur regula, quod vni testi perhibenti testimonium non credatur. Vox enim vnius, vox nullius est, vt inquit

Baldus. Quod & diuina lege cautum est. *Leuit. 35. & Deut. 17.* hisce verbis. In ore duorum aut trium peribit; qui interfecerit. Iuxta os autem vnius testis nemo interficiatur, & rursus *cap. 19. Deutero.* In ore duorum vel trium stabit omne verbum, quod Christus repetit *Matth. 18.* Nam cum regulariter ad probationem validam requirantur duo testes. *l. vbi numerus. ff. de testib.* vnus testis non sufficit, etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat, id est, etiamsi sit senator. *d. l. 8.*

Objicitur *Nou. 73. §. certè si ad vnum. & l. si quis decurio. 21. C. Ad l. Corn. de fals.* vbi creditur vni tabellioni. Resp. Sic enim ait Imp. Constantinus, quod scripturæ veritas, si res poposcerit, per ipsum Tabellionem probari debet. Propter publicum officium quod sustinet Notarius, ei soli fides adhibetur, si fortè manu ejus instrumentum scriptum esse negetur, & ipse affirmet se scripsisse, tunc enim instrumenti vel scripturæ veritas per solum Notarium probatur.

Secundò opponitur. *l. vice. 20. & l. in donationibus. 31. C. de donat.* vbi donatio vno teste probatur. Resp. Excipitur hic casus ab hac regula. Si quis enim vice donatoris, voluntate ejus subscribat donationi scriptæ, donatio rata erit, & ad probationem ejus vnus testis sufficiet.

Tertiò opponitur *can. cum itaque. dist. 4. de consecrat.* vbi vni testi creditur. Resp. Quoties nemini fit præjudicium, tunc vni testi jure creditur, vt puta si per vnum testem probetur aliquem esse baptizatum, aut egisse pœnitentiam.

Quartò opponitur. *l. Theopompus. ff. de dot. præleg.* vbi vni testi fides adhibetur, cum testator jussisset filiæ suæ dotem dari ex arbitrio vnius personæ. Resp. Vni testi creditur, quando partes ita inter se conuenerunt, vt super contractu vel pacto stetur vnius dicto, vel quando testator mandauit, vt vnius dicto plena fides adhibeatur. *d. l. Theopompus. & ib. Bart.* Vide aliter eam L. explicatam apud *Alciatum Lib. 2. Parerg. c. 19.*

Quintò obstat. *l. 5. §. ne tamen. ff. de reb. eorum, qui sub tut. & c. cum parati. 19. ex. de appellat.* vbi vnus testis quoque plenam fidem meretur. Resp. Hoc speciale est in apparitore magistratus, cui propter publicum munus creditur aliquid renuntianti judici.

Sextò obstat. *l. 3. C. de reb. cred. & c. super eo 22. extra. de testib.* vbi vni testi aliqua fides adhibetur, quatenus facit semiplenam probationem aut præsumtionem. Resp. Quod dicitur in *l. 8. C. de testib* vnius testis testimonium omnino non audiri, hoc respectu plenæ probationis accipiendum est, admittitur tamen vnus testis ad semiplenam probationem seu præsumtionem inducendam. Ita tradunt *Salyc.* & communiter *DD in d. l. jurujur. 8. C. de testib.*

Vltimò obstat. *l. non omnis. 5. §. a barbaris. ff. de re milit.* vbi creditur vnius militis dicto, qui bonus ante æstimatus fuit, si se captum ab hostibus dicat,

non

non verò ad hostes transfugisse. Hoc casu vni testi, & quidem in propriâ causa testanti fides adhibetur. Resp. Ideo creditur militi attestanti se captum esse, non transfugam, quia quilibet in dubio præsumitur bonus, nisi malus probetur, ideoque ei dicenti se non esse transfugam creditur, quia antea bonus æstimatus est, nihilque ei sinistri objicitur, deinde hoc ejus testimonium nulli nocet, alioqui in re propria ad sui commodum, & alterius damnum testimonium dicere, nulla juris ratio permittit. *Coras. lib. 3. Miscel. c. 7.*

ASSERTIO XCIII.

Omnis judex potest testem, qui apud se falsum testimonium dixit, pro qualitate criminis punire.

DECISIO hæc comprobatur in *l. nullum. 12. C. de testib.* vbi expressè sancitur, quod judex potest falsum testem pro arbitrio suo, juxta qualitatem delicti punire, licet testis non sit de jurisdictione ejus, vel possit propter priuilegium seu dignitatem, jurisdictionem ejus declinare. Ratio huius decisionis est, quia sortitur aliquis forum etiam ratione delicti. *l. 1. C. Vbi de crim. agi oport. Nou. 69. c. 1.* & reatus omnem dignitatem & honorem excludit. *l. 1. C. Vbi Senat. vel clariss.* Quia igitur testis apud hunc judicem deliquit, falsum testimonium perhibendo, apud eundem sortitur forum, & cum sponte apud eum testimonium dixerit, videtur in eum judicem consensisse, & fori præscriptioni, si quam habet, renuntiasse.

Contra hanc decisionem objicitur. *l. Diuus. 31. ff. Ad l. Corn. de fals.* vbi dicitur, eum qui produxit falsum instrumentum, esse puniendum à judice, nisi ea pœna sit infligenda, quæ excedat jurisdictionem ejus judicis: tunc enim scribere debebit ad Principem; Vnde apparet pœnam falsi non imponi à quocunque judice. Pro solutione dicendum est, quod regulariter verum sit quod in contrarium objicitur, sed ex *d. l. nullum. C. de testib.* & ex *Nov. 90. c. 1.* excipitur specialiter hic casus odio falsorum testium. Vt enim testes magis vereantur judicem, apud quem testimonium dicunt, & facilius veritati consentaneum testimonium ferant, placuit eos illi judici subjici, & ab eo propter falsa testimonia puniri posse. De intellectu & interpretatione huius assertionis. vide plenius differentes *Fachin. lib. 9. controuer. jur. c. 26. Couaru. practicar. quæstion. c. 18. Menoch. de arbitr. judic. lib. 1. quæst. 91. Delrio in Miscell. in annotationibus ad d. l. nullum. C. de testib.*

ASSERTIO XCIV.

Rusticitas in delictis regulariter non excusat, neque juris ignorantia rusticitati prodest.

PRIOR assertionis pars, quod scilicet rusticitas seu imperitia rusticos delinquentes non excuset, confirmatur euidenter per *l. 2. C. de in jus voc.* vbi statuitur, quod si libertus patroni filium in jus vocauit, non petita à Prætore venia, quod in eum detur quinquaginta aureorum judicium, nec in ea re rusticitati venia præbeatur. Similiter traditur in *l. 1. C. de interd. matri. int pupil. & tuto.* vbi prohibetur, ne tutor pupillam suam ducat in vxorem, & si fortè per imperitiam vel rusticitatem tutor pupillam duxerit, tamen hoc matrimonium non valet.

Verum prædictæ decisioni vehementer obstat. *l. si quis. 7. §. doli. ff. de jurisd.* vbi proponitur, quod si quis per imperitiam vel rusticitatem album Prætoris corrupit, quod à pœna seu actione albi corrupti excusationem mereatur. Adhæc in *l. 2. ff. si quis in jus voc. non ierit.* constituitur, quod si vocatus in jus à Prætore contumax sit, & propter rusticitatem vel imperitiam vocationi non pareat, quod pœna ei remittatur. Resp. Aut rusticus errauit circa dispositionem juris ciuilis aut positiui, quod naturali ratione non firmatur, & tunc delinquens à pœna excusatur, in illis scilicet casibus, qui jure nominatim sunt comprehensi. Sic à pœna albi corrupti excusatur quis propter rusticitatem, quia ad vindicandam Prætoris auctoritatem pœna istius actionis jure ciuili est introducta. Similiter à pœna contumaciæ vocatus in jus propter rusticitatem quis excusatur, quia iste contemtus neglectæ citationis magis respicit damnum litigatoris, quàm injuriam magistratus. Aut vero errauit rusticus in iis, quæ jure naturali sunt introducta, & tunc immunitatem à pœnâ non meretur. Vnde si libertus sine venia magistratus vocauit patronum in jus, non excusatur à pœna, quia naturali ratione libertus patronum colere & obseruare debet, cujus beneficio libertatem accepit. Ideoque non debuit temerè venia à Prætore non petita contra eum actionem intendere, *d. l. 2. C. de in jus voc.*

Quod ad secundam assertionis partem attinet, quod scilicet regulariter juris ignorantia rusticis non prosit, ea comprobatur satis ex generali regulâ, quod leges sacratissimæ, quæ constringunt omnium hominum viras, ab omnibus intelligi debent, vt vniuersi earum præscripto cognito, vel prohibita declinent, vel permissa sectentur *l. leges 9. C. de legib.* Similiter hæc sententia comprobatur per *l. regula. §. sed juris. ff. de jur. & fact. ignor.* vbi pro regulâ

regula traditus, quod juris ignorantia non prosit, si sit ICtorum copia, quos quis consulere potuit, vel si ipse satis jurisprudentiâ suâ sit instructus. Quibus verbis IC. vult dicere, quod parcendum sit rusticitati & imprudentiæ in juris ignorantiâ; sed hoc fieri per rarò & certis tantum casibus in jure expressis, idque ea conditione tantum, si non habuerint rustici facultatem peritiores consulendi.

Aduersatur huic decisioni. *l. penult. C. Qui adm. ad bo. poss.* vbi constituitur, quod si propter imperitiam vel rusticitatem non petit quis bonorum possessionem intra tempus à lege præscriptum, quod per hoc sibi non præjudicet, sed nihilominus elapso tempore ad bonorum possessionem admittatur. Resp. In isto demum speciali casu ignorantia juris prodest rusticis, quando non adfuit illis ICtorum copia, quos in consulendo adhibere potuerunt. Si enim habuerunt facultatem consulendi peritiores, & ignorantiâ juris passi sunt tempus petendæ bonorum possessionis elabi, juris ignorantia eis non prodest. *l. in bonorum 10. ff. de bon. poss. l. 2. §. vlt. ff. Qu. ord. in bon. poss. serv.* In summa juris ignorantia in rusticis tum demum excusationem meretur, si parata fuit ICtorum copia, quos ipsi consulere potuerunt. Adhæc rusticis permissum non est jus ignorare, nisi certis tantum casibus, qui legibus nominatim comprehenduntur. *d. l. regula. §. sed juris.* Sic rusticitati parcitur, si quis corrupit album Prætoris *d. l. 7. §. dolo. ff. de jurisd.* Sic rusticitas excusat, si quis propriâ confessione se detulit in fiscum. *l. 2. §. vlt. ff. de jure fisci.* Sic rustico subuenitur, quando non edidit jura & rationes, quamuis à judice edere jussus sit, *l. 1. §. vlt. ff. de edend.* Denique à pœnâ SC. Syllaniani excusantur rustici, qui propter rusticitatem vel ignorantiam, ignari edicti Prætoris, tabulas testamenti aperuerunt, ante institutam de seruis quæstionem, & supplicium ab iis sumtum, si dominus à familiâ occisus esse dicatur. *l. si quis in graui. §. si quis ignorans. ff. ad SC. Sylla.* Extra hos casus à legibus specialiter comprehensos; rusticis propter ignorantiam juris non subuenitur. Ita tradunt *Costal. ad l. si quis. 7. ff. de jurisd. Cujac. lib. obs. 5. cap. penult. Alcia ad l. 2. C. de in jus voc. Menoch. de arbitr. jud. quæst. cas. 194.*

ASSERTIO XCV.

Nuptiæ siue matrimonium, est viri & mulieris conjunctio, consortium omnis vitæ, indiuiduam vitæ consuetudinem continens.

HÆc definitio matrimonii traditur ab Imp. Iustiniano in *princ. tit Inst. de nupt.* & à Modestino IC. recitatur in *l. 1. ff. de ritu nupt.*

Opponitur hoc argumentum. Libera fuerunt apud Romanos diuortia, ita vt etiam pœnis nullis impediri potuerint, ſicut & libera fuerunt matrimonia. *l. ſi ſtipulatio. 19. ff. de V. O. l. Titia. 134. ff. eodem.* Ergò matrimonium non eſt indiuidua conjunctio. Reſp. Hæc verba, indiuidua vitæ ſocietas, ad animum & votum contrahentium referenda ſunt, quaſi contrahentes eo animo & voto ſint, vt nunquam dirimatur matrimonium, ſed perpetuò conjuncti maneant conjuges vſque ad mortem *l. 1. ff. de jur. dot.* Votum de conjunctione conjugali perpetuum & indiuiduum eſt, licet ſucceſſus non ſemper reſpondeat propoſito.

Secundò objicitur, quod definitio hæc latior eſt ſuo definito, quia conuenit etiam concubinatui, quia poteſt quis cum concubina ſua indiuiduam vitæ conſuetudinem perpetuo ſeruare. Ergo eſt vitioſa definitio. *l. 1. ff. de dol. mal.* Reſp. Per hæc verba, indiuiduam vitæ conſuetudinem continens, ſatis excluditur & diſtinguitur concubinatus à nuptiis. Et ſi enim in concubinatu animus perpetuo cohabitandi adſit, pœnitere tamen, diuidique poſſunt concubinarii etiam ſine causa, ſi velint. *l. 1. ff. de concub.* Quod non obtinet ſimiliter in matrimonio, nam qui matrimonium contrahunt, talem habent animum, vt perpetuo vnà viuere velint, ſcientes quod etſi eorum animus mutetur, tamen reſilire non poſſint à matrimonio, niſi ex grauibus & juſtis cauſis à legibus permiſſis. Porro licet jure Codicis certis de cauſis permiſſa ſint diuortia. *l. conſenſu, C. de repud.* Iure Canonico tamen quod ſequimur in cauſis matrimonialibus, ob infidelitatem tantum permittitur diuortium, ſi ſcilicet ex conjugibus alter fuerit infidelis, & noluerit cohabitare cum fideli, tunc fidelis poterit nubere alteri, etiam infideli viuente *c. quanto. ext. de diuort.* Ob adulterium vero non ſoluitur matrimonium jure Pontificio. *c. licitè. 32. qu. 7.* Manent enim conjuges, & fit ſeparatio tantum quoad thorum & menſam, ſed non tollitur vinculum matrimonii. Vnde non conceditur ſeparatis poteſtas noui conjugii. Sed in Eccleſiis reformatis ex verbo Dei innocenti perſonæ, quæ propter adulterium diuortium fecit, permittitur ſecundas nuptias contrahere, dummodo primo ſerio tentata ſit reconciliatio inter adulterum, & partem alteram innocentem, eaque ſucceſſum habere non potuit. *Matthæi. 19. VVeſenb. in parat. ad tit. de diuort. in fin.*

Tertio aduerſatur definitioni, quod in veteri teſtamento multi ſancti viri plures vxores habuerunt, & quod hoc tunc temporis Deus tolerauerit. Ergo matrimonium non eſt indiuidua & perpetua vnius viri & vnius mulieris conjunctio. Reſp. Tertullianus vocat polygamiam patrum, licentiam paſſiuam. Deus enim non approbauit Polygamiam patrum, ſed tolerauit tantum, ideoque exempla eorum non ſunt imitanda, quia expreſsè polygamia lege Moſaycâ prohibita eſt. *Geneſ. 1. & 2.* ad quam legem nos reuocat filius Dei, *Matthæi. 19.*

Poſtremo

Postremò objicitur hoc modo. Si consortium omnis vitæ esset in matrimonio,& societas quædam inter conjuges contraheretur, jam sicut in sociis vnus tenetur pro altero ex rebus communiter gestis, ita etiam maritus teneretur ex contractibus vxoris, & vxor ex contractibus viri. Sed non tenetur alter pro altero,neque vxor potest conueniri ex contractu mariti,& vice versa maritus non potest ex contractu vxoris inquietari *l.1.& l.ob maritorum C.Ne vx.pro mari.l.1.C.ad l.Iul.de vi publ.* Ergo nulla censetur inter conjuges contracta societas. Resp. Vera legitimaque societas non est inita inter conjuges, qualis describitur in *tit. Pro socio,* sed tamen communicatio quædam indiuidua vitæ & bonorum hic interuenit:quia salua honestate nihil diuisum inter conjuges est, sed promiscuum omnium rerum vsum esse oportet, licet nulla sit obligatio,qua alter alteri ad communicationem obstringatur. Huc facit *l. 1. & tot. tit. ff. Rer. amo.* vbi traditur,quod non detur actio furti,heredibus conjugis, si quid alter conjugum constante matrimonio ex rebus conjugis auertit, sed quod detur actio rerum amotarum,idque propter eam rationem, quia societas vitæ facit quodammodo vxorem dominam rerum mariti. *d.l.1.* Similiter nec crimen expilatæ hereditatis habet locum,si quid alteruter conjugum ex rebus defuncti conjugis abstulit. Ratio est,quia vxor socia est omnium bonorum mariti. *l. pen. ff. expil. hered. l. aduersus. C. eod.* sed si ex defuncti conjugis bonis vxor quid auertit conuenietur vxor rei vendicatione, vel actione ad exhibendum. *d.l. aduersus.& l.1.C.de crim expil. hered.* Hanc sententiam quod inter conjuges non vera societas, sed legalis quædam communio bonorum ex consuetudine patriæ in plerisque Belgij prouinciis contrahatur eleganter tradit & explicat Clarissimus IC. *Cornelius Neostadius in tract. pact. antenupt. obseru. 9.*

ASSERTIO XCVI.

Matrimonii institutio juris est naturalis & diuini, nullâque lege vsus conjugii prohiberi potest, etiam ministris Ecclesiæ.

OMNIBVS quibus non est donum continentiæ à Deo datum,jure diuino & naturali permissum est matrimonium contrahere. Sic enim diserte pronunciat Apostolus 1.*ad Corinth.7.vers.2.* Propter fornicationē suam quisque vxorem habeat, & proprium quæque virum habeat. Neque vlli ordini

ordini aut generi hominum facultas contrahendi conjugii legibus humanis auferri aut interdici potest. Vnde apparet grauiter errare,& contra septimum Decalogi præceptum non fornicaberis,apertè delinquere Papistas, dum maximæ parti hominum, puta præsbyteris, monachis & virginibus vestalibus monasterio inclusis conjugii vsum interdicunt. Non enim vota cœlibatus mandatum aut ordinationem Dei tollere possunt, quod ita habet. Propter fornicationem vitandam vnusquisque suam vxorem habeat. Imò expresse etiam ipsis Apostolis permissum fuisse vxores ducere, testatur Apostolus Paulus *1. ad Corint. 9.* hisce verbis. Annon habemus potestatem vxorem sororem circunducendi, vt & reliqui Apostoli & fratres domini, & Cephas? vbi apertè traditur Cepham. *h. e.* Apostolum Petrum vxorem habuisse. Quod & manifestè probatur ex *1. cap. Marci*, vbi Seruator noster Iesus Christus socrum Petri febricitantem à morbo liberauit, Ad hæc *Ambrosius super epist. 2. ad Corint.* dum exponit Apostoli verba. Despondi vos vni viro virginem castam exhibere Christo,ait omnes Apostolos fuisse in coniugio præter Paulum & Ioannem. Vnde & in synodo Nicæna Paphnutius Episcopus,qui erat expers nuptiarum,pronuntiauit castitatem esse cum propria vxore concubitum vt habetur in *tripart histo. lib. 2. cap. 14.* & apud *Sozom. lib. 1. hist. eccl. c. 21.* Quinimo & legibus naturalibus,omniumque gentium,promiscuè vsus conjugii quibusuis hominibus est concessus, vt liquido patet ex. *l. 1. §. 2. ff. de just. & ju. Inst. de ju. nat. gent. & ciui. in prin.* Ideóque nullis legibus Pontificiis, ciuilibus, aut humanis, imo nec pactis aut conuentionibus hominum, nulloque pœnæ vinculo libera facultas contrahendi matrimonii constringi aut coërceri potest. *l. Titia 134. de V. O.* quia jura naturalia diuinâ prouidentiâ constituta perpetua sunt & immutabilia. *§. penul. Inst. de ju. nat. gent. & ciuil.*

Objiciunt Papistæ primo pro defensione voti cœlibatus, quod in genere lege diuinâ sancitum est, peccatum committi ab hominibus, si votum semel emissum non seruetur, ad quod probandum citant locum *Deutero. 23.* vbi ita habetur. Si voueris votum Iehouæ Deo tuo, ne differto soluere illud, nam omnino reposceret Iehoua Deus abs te, & esset in te peccatum. Resp. Deus non omnium votorum, sicut etiam non omnium juramentorum, qualiacunque ea sint, impletionem sub interminatione æternæ damnationis exigit, vt de juramento Saulis de occidendo filio Ionathan. *1. Samuel. 14.* traditur; Item de juramento Dauidis de perdendo Nabale, cũ omnibus quę ejus erant, *1. Samuel. 25.* & de jurejurando Herodis, *Matth. 14.* proponitur. Cum igitur opiniones annexæ votis cœlibatus, sint impiæ & blasphemæ, & repugnent verbo Dei, *1. ad Corint. 7. 1. ad Timoth. 5.* nequaquam cum hujusmodi impiis opinionibus cultus scilicet diuini, & meriti, seruanda sunt vota cœlibatus.

Secundò

Secundò opponunt Pontificij pro defensione voti cœlibatus seu continentiæ, locum. *1. ad Timoth. 5.* vbi Paulus viduas quæ semel in ministerium Christi receptæ sunt, nubentes, priorem fidem abnegasse dicit. Verba Apostoli hæc sunt. Viduæ cum lasciuire cœperint aduersus Christum, nubere volunt. Ex eo damnandæ, quod primam fidem rejecerint. Resp. Illis verbis, Viduæ postquam lasciuire cœperint aduersus Christum, iterum nubunt, Apostolus intelligit, quod scilicet amisso pudore omnem honestatis curam abjiciunt, & ad omnem lasciuiam se prostituunt. Præterea Apostolus illic eam ætatem præscribit, quæ sit communiter extra periculum incontinentiæ, nam solas mulieres sexagenarias admittit ad diaconissas, vt pauperibus ministrent. Itaque Paulus velle viduas post votum nubere, non simpliciter damnat, sed lasciuiendo contra Christum & abjectâ fide velle nubere, hoc verò damnat. Ita tradunt *Caluin. lib. 4. Institut. c. 13. Chemnicius in examine Concilij Tridentini. in loco de cœlibatu & virginitate cap. 9.*

Tertiò aduersatur locus *1. ad Corinth. c. 7. vers. 1.* vbi inquit Apostolus. Bonum fuerit viro mulierem non attingere. Resp. Bonum ibi non significat honestum, quod opponitur malo, sed expediens & commodum, propter tot molestias & sollicitudines, quæ conjugatos manent. Itaque quod ibi bono opponitur, Paulus Apostolus vocat tribulationem & afflictionem carnis. Nec dicit simpliciter bonum esse, sic manere vt ego sum, sed bonum est propter vrgentem necessitatem. *vers. 26. ejusdem cap.* Ita hunc locum eruditè post Augustinum explicant *Erasmus & Beza d. c. 7.*

Denique hanc sententiam, quod voto cœlibatus homines non sint necessario adstricti, sed liceat iis etiam post pactum cœlibatus, si continere non potuerint, nubere & matrimonium contrahere, saniores & orthodoxi patres approbant. Quod confirmat inter alia multa testimonia, celebris illa & nota *Cypriani* sententia, quæ extat *lib. 1. epist. c. 11.* Si virgines sese ex fide Christo dicauerunt, publicæ & castæ sine vlla fabula perseuerent, & ita fortes & stabiles præmium virginitatis expectent. Sin autem perseuerare nolunt aut non possunt, melius est vt nubant, quam vt in ignem suis deliciis cadant. Certè nullum fratribus aut sororibus scandalum faciant. Hæc manifesta est sententia, virginibus etiam quæ voto virginitatis semel se obstrinxerunt, si postea ita perseuerare non possint, imò etiam si nolint perseuerare, melius esse nubere quam vri, vel scandalum dare lasciuiendo. Plura insignia testimonia Patrum, quibus vota cœlibatus rejiciuntur & improbantur, citat & allegat *Chemnic. d. c. 9. de cœlibatu & virginitate, in examine Concilii Tridentini.* Illud obiter notandum, quod primus Papa Syricius, (qui vixit circa annum Domini 400. & Ambrosij ætate,) definiuit & sanxit sacerdotes cœlibes manere oportere, cui deinde suffragatus est Papa Calixtus, de quo isti versus cantantur:

O bone Calixte totus mundus perodit te,
Quondam presbyteri poterant vxoribus vti
Hoc destruxisti, postquam tu Papa fuisti.

Planè ante illa tempora præsbyteros fuisse conjugatos, comprobatur exemplo Gregorij Nazianzeni, qui fuit doctor facundissimus, cujus pater Episcopatum gessit in Ecclesia. Et de eo canit Baptista Mantuanus, vt refertur in libro 4. Catalogi testium veritatis. Præsule patre satus (nam tunc id jura sinebant) Pastorale pedum gessit post funera patris.

ASSERTIO XCVII.

Liberi naturales per subsequens matrimonium legitimantur, etiamsi dotalia instrumenta non interuenerint.

DISPVTATVR inter DD. An si pater cum eâ muliere quam prius concubinæ loco habuit, postea nuptias contraxit, si dotalia instrumenta non interuenerint, liberi tamen nihilominus fiant legitimi. Et verior probabiliorque est sententia, liberos nihilominus effici legitimos, licet dotalium instrumentorum confectio non interuenit. Nam beneficium legitimationis liberorum à Iustiniano non instrumentis dotalibus aut doti tributum est, sed nuptiis, & justæ sequenti conjugali conjunctioni. Proinde vbicunque constabit nuptias esse contractas, idem beneficium locum habebit, *l. in omnibus causis 68. ff. de R.I.* Perficiuntur autem nuptiæ solo contrahentium consensu, & dos quidem sine nuptiis consistere non potest, at nuptiæ sine dote & dotalibus instrumentis esse possunt. *l. nuptias. ff. de R.I. §. nuptias. Nouel. de nupt. l. 3. ff. de Iur. dot. l. vlt. C. de donat. ante nupt.*

Sed grauiter obstat. *l. cum quis. 10. & l. nuper. 11. C. de natu. lib. §. vlt. Inst. de nupt.* in quibus locis Iustinianus dicit se hoc beneficium tribuere iis, qui dotalia instrumenta cum muliere fecerint, seu qui ad dotalia instrumenta peruenerint. Resp. Iustinianus nôn ad substantiam, sed ad probationem matrimonii tantum exigit dotalia instrumenta, ne quid hîc à conjugibus simularetur ad statum liberorum confirmandum, cum illis temporibus non aliter certò soleret constare nuptias seriò fuisse contractas, quam dotalibus instrumentis interpositis, quam & causam Imperator ipse reddidit in *§. illud quoque Nou. 74. Quib. mod. natur. eff. sui.* Hodiè autem moribus nostris, cum in publico Ecclesiæ cœtu matrimonia publicè contrahi debeant, & à ministris publicis piisque precationibus benedici, ita vt de iis dubitari non possit,

possit, nihil amplius ad fidem matrimonii, & confirmationem liberorum exigendum est. Eaque sententia hodiè magis recepta & approbata est jure Canonico, in *c. tanta. extra. Quib. fil. sint legit.* Quod jus Canonicum in materiâ matrimonii, tanquam spirituali, judicando & consulendo sequimur *c. penult. & vlt. ex. de secund. nupt.* Verior itaque & sanior est opinio, quod hodiè instrumentorum dotalium confectione opus non sit, quoties per subsequens matrimonium liberi legitimantur, sed quod solo consensu tale matrimonium perficiatur. *l. penult. C. de incest. nupt.* Quinimò cum matrimonia vsque ad extremum vitæ spiritum solo consensu rectè contrahantur, *l. hoc genus 105. ff. de cond. & demon.* Ideò etiam in extremo articulo mortis hoc modo nuptiis cum concubinâ sola voluntate & professione confectis, liberi legitimari possunt. Ita decidunt *Baldus in Auth. licet C. de nat. liber. Angel. & VVesenb. ad §. vlt. Inst. de nupt. Iason in l. sed est quæsitum num. 5. 6. & 7. ff. de lib. & posth. Donel. 2. com. jur. c. 21. in fine. Cujac. lib. 13. obseru. 4. Fachinæus* autem *libro 3. controuer. c. 51.* decidit jure Canonico liberos quidem per subsequens matrimonium legitimari, sed non jure ciuili, quando non interueniunt dotalia instrumenta.

ASSERTIO XCVIII.

Sponsi de præsenti non aliter participant lucra dotalia, nisi matrimonium copulâ fuerit consummatum, vel deductio in domum secuta.

QVÆRITVR, Vtrum si sponsalia per verba de præsenti sint contracta, neque secuta fuerit traductio in domum mariti, nec copula carnalis, sponsi sint participes lucrorum, quæ alterutro moriente ex statutis superstiti debentur? Et verius est, legibusque magis consentaneum, sponsos de præsenti non aliter participare lucra dotalia, nisi matrimonium copulà fuerit consummatum, vel sponsa in domum mariti deducta. Rationes decidendi sunt, quia videtur facta promissio seu datio dotis, sub conditione, si ipsa virgo ducatur in domum, & sequatur copula, prout fieri solitum est ab omnibus. *argum. l. stipulationem. 21. l. non enim. 37. l. promittendo. 41. in princip. ff. de jure dot. l. cum veterum. C. de donat. ante nupt.* Vnde cum impleta non fuerit conditio, debet cessare lucrum & acquisitio ipsius dotis. Altera ratio est, quia mens statuti defert lucra nuptialia in compensationem onerum matrimonii, onera autem non subit maritus ante contractum re ipsâ

 matri-

matrimonium. *l. pro oneribus 20. C. de jur. dot. l. si quis pro vxore. 21. §. 1. ff. de donat. int. vir. & vx.*

Objicitur primò, quod conjuges sint inter se socii rerum diuinarum atq; humanarum. *l. aduersus C. de crim. expil. hære. l. 1. ff. de rit. nupt.* & infortunia vnius debent esse communia alteri. Quæ ratio etiam in sponsâ de præsenti locum habet. Resp. Tunc demum verè ipsa societas omnium commodorum & incommodorum incipit, cum matrimonium per copulam ad affectum est deductum. Nam tunc demum conjuges labores & operas suas communicant, præbent sibi mutuò solatia in rebus aduersis, & laborantibus opem ferunt, juxta dictum sacræ Scripturæ. Non est bonum homini esse solum, faciamus ei adjutorium quod sit coram eo. *Genes. 2. v. 18.*

Secundò repugnat regula juris, quod nuptias facit solus consensus, neque ad essentiam earum concubitus requiritur. *l. nuptias, 30. de R. I.* Ergo etiam ante copulam secutam sponsalia habentur pro vero matrimonio. Resp. Habentur quidem talia sponsalia de præsenti pro vero matrimonio, quoad vinculum matrimonii, ita vt ab hisce sponsalibus recedere non liceat etiam vtriusque partis consensu. *c. si inter. ex. de sponsal.* Sed tamen is sponsus, qui stetit in meris finibus voluntatis, nec id compleuit, propter quod nubimus, mariti appellatione non censetur denominandus *c. 1. extra de frigid. & malefic. l. vlt. C. de sponsal.*

Tertiò opponitur. Statutum vt conjunx superstes lucretur dotem vel alia lucra dotalia, est fauorabile: atqui in fauorabilibus sponsa de præsenti vxoris loco habetur. *l. si sponsa. 74. ff. de ju. dot. l. lex Iulia. ff. de fund. dot. l. item apud. 15. §. sponsum. ff. de injuriis. l. 2. §. si sponsa. ff. de priu. cred. l. non sine ratione. C. de bon. quæ lib.* Resp. verba statuti debent accipi prout vulgo ex consuetudine loquendi accipiuntur. *l. Labeo. ff. de sup. leg.* Sed vulgo eum appellamus maritum, non qui tantum cum sponsa desponsatus est, sed qui cum effectu & re ipsa matrimonium compleuit. Ergo quamuis priuilegia nuptiarum ex certo fauore desponsatis plerumque competant, tamen cum agitur de dote viro applicanda, nulla ciuilis ratio permittit in præjudicium fœminarum de nuptiis ad desponsatas fieri extensionem.

Quarto objicitur *l. penult. C. de incest. nupt.* Vbi dicitur, quod non licet mihi fratris vxorem ducere in conjugem, etiamsi cum ea non interuenerit carnalis copula, quia satis est inter eos interuenisse sponsalia de præsenti, vt sint vir & vxor. Resp. Propriè per sponsalia de præsenti non contrahitur affinitas, sed publica honestas & verecundia quædam introducitur, propter quam ab hujusmodi nuptiis abstinendum est. *l. si qua. 12. §. 1. ff. de rit. nupt. l. Seruius. 8. ff. de grad. & affin.*

Quinto

Quinto aduersatur. *l. si vxor. 13. §. Diui. ff. ad L. Iuliam de adult.* vbi etiam cum sponsa de præsenti committitur adulterium. Ergo si in odiosis sponsalia de præsenti habentur pro matrimonio, multo magis in fauorabilibus. Resp. Etsi committatur adulterium in sponsa de præsenti, tamen non dicuntur propterea sponsalia de præsenti verum esse matrimonium, quia additur in tex. nec spem qualemcunque matrimonii violare est permissum. Adde quod hoc propter publicam vtilitatem est introductum: publicè enim interest delicta non manere impunita, & pudicitiam coli. *l. ita vulneratus. ff. Ad l. Aquil.*

Sexto opponitur hoc modo. Si alicui relictum sit legatum sub conditione, si matrimonium contraxerit cum Titia, debetur legatum, si cum Titia contraxit matrimonium per verba de præsenti, etiamsi Titia ante consummatam copulam decedat. *l. cui fuerit. 15. ff. de cond. & demon.* Resp. Hoc verum est, si legatum ab extraneo aliquo relinquatur iuueni vel puellæ: hoc enim debetur, statim vbi consensu matrimonium est peractum. Verum lucrum quod ex statutis superstiti conjugi debetur ex bonis prædefuncti conjugis, hoc non debetur, nisi matrimonium facto & re ipsa consummatum, quia debetur partim propter officia & obsequia sibi inuicem à conjugibus præstita, partim propter onera matrimonii nomine sustentata.

Septimò refragatur hoc argumentum. Donationes prohibitæ inter virum & vxorem, censentur etiam prohibitæ inter sponsos de præsenti. *l. penul. ff. de donat. int. vir. & vx.* Ergò & lucrum quod debetur superstiti conjugi ex bonis prædefuncti, statim ei acquisitum censetur, cum matrimonium consensu solo est peractum. Resp. Simplices donationes prohibitæ sunt inter conjuges vel sponsos de præsenti, sed hæc lucra dotalia de quibus hic agimus, non censeri debent puræ & simplices donationes, sed contrahuntur ob causam, scilicet in honorem benè transacti matrimonii. Ergo non debentur nisi matrimonium plenè & cum effectu sit consummatum, per ingressum thori maritalis.

Octauò objicitur. Dos non potest dici, vbi matrimonium non est contractum. *l. 3. ff. de iur. dot.* Sed quod sponsus accepit à sponsa, habet nomen dotis ante aliam consummationem. *l. 2. §. ult ff. de priu. cred.* Item priuilegium legis Iuliæ de fundo dotali habet etiam in sponsa locum, sicut in vxore, ne possit alienare fundum dotalem. Resp. Hæc non obstant assertioni nostræ, quia ea accipitur de lucro & commodo quod acquirit superstes ex bonis prædefuncti conjugis. Verum prædictæ leges loquuntur de iis bonis, quæ ob futurum matrimonium data sunt in dotem, hæc repetuntur justè, si matrimonium cum effectu non sit consummatum per copulam.

Postremò opponitur. *l. non sine. C. de bon. quæ lib.* vbi traditur, quod sicut quæsita seu donata à marito, vxor non acquirit patri, nisi quoad vsumfru-

ctum, sic nec quæsita à sponso. Resp. In eâ l. constituitur, quod ea tantum lucratur sponsa, quæ illi à sponso expressè donata sunt in testamento vel inter viuos, nihil verò disponitur ibi de lucris dotalibus, quæ ex consuetudine vel statuto superstiti conjugi debentur. Ita decidunt *Ferra. in pract. in for. libel. quo vxor agit ad dotem, in glossâ vxoris, quondam. num. 5. Anton. Guibertus de sponsal. cap. quid sint sponsalia. num. 8. & seqq. Sneidevv. ad Inst. lib. 3. tit. 1. in cap. de success. viri & vxoris. num. 121. Chass. in consu. Burg rubr. 4. §. 6. in verbis femme mariée*, vbi refert ita in Parlamento Parisiensi fuisse judicatum, licet ipse videatur contrariæ sententiæ adstipulari, quod scilicet sponsi de præsenti etiam non secutâ copulâ gaudeant lucris dotalibus ex consuetudine vel statuto superstiti conjugi debitis. *Boër. decis. 22. num. 33.* vbi tradit de consuetudine à jure & à Doctoribus communiter approbata, requiri quod sponsa fuerit ad domum viri traducta, & ibi ipse vir cum ea cubuerit, aut etiam alibi, licet carnaliter non fuerit ab eo cognita, pro qua sententia facit, quod dicitur, *Au coucher gaigne la femme son doüaire. Cujac. lib. 2. feud. tit. 9.*

ASSERTIO XCIX.

Polygamia omni jure tum diuino, tum humano prohibita est.

NON licet alicui Christiano duas pluresve vxores simul habere. Quæ sententia multis sacræ scripturæ testimoniis comprobatur, ex quibus hæc duo præcipua sufficiant. Primò adducitur tex. in 1. *Genes. 2.* vbi Deus author & ordinator conjugii ita pronuntiat. Propter hoc relinquet homo patrem & matrem suam, & adhærebit vxori suæ, & erunt duo in carne vna. Non dixit tres vel plures, sed duo, nec dixit adhærebit vxoribus, sed vxori. Secundò hanc legem latam in prima conjugii institutione, Christus redemtor noster, in Nouo Testamento, *cap. 19. Matthæi* repetit, hisce verbis. Propterea relinquet homo patrem & matrem, & agglutinabitur vxori suæ, & qui duo fuerunt, erunt vna caro. Adhæc ibi subjungitur. Quod qui dimiserit vxorem suam, & aliam duxerit, mœchatur. Si vxore dimissa alia duci de jure non potest, longè fortius nec aliam ea retenta ducere fas erit. Quod ad jus ciuile attinet, hæc decisio satis manifestè conuincitur ex definitione matrimonii tradita in *l. 1. ff. de rit. nupt. & §. 1. Inst. de pat. potest.* vbi matrimonium definitur, quod sit maris & fœminæ conjunctio, indiuiduam vitæ societatem continens

continens. His verbis *Maris & fœminæ*, ICtus ostendit matrimonium justum vnius maris & vnius fœminæ conjunctione constare, Imò & sacratissimis Imperatoribus Romanis polygamia displicuit, eamque grauiter detestati sunt. Sic in *l. 2. C. de incest. nupt. Impp. Diocletianus & Maximianus* rescripserunt, Neminem qui sub imperio Romano viuit, posse simul duas vxores habere. Adhæc ei, qui binas vxores vel bina sponsalia eodem tempore constituta habet, infamia irrogatur. *l. 1. ff. de his qui nota. infam.* Imò pœna stupri & adulterii tenetur. *l. cum qui duas, vbi gloss. & DD. C. Ad l. Iul. de adult.* Quinimò & pœna capitalis, hoc est gladii, in ordinationibus imperii in vtrouis sexu in hoc genere delicti est decreta. *Ord. Imp. c. 121.* Vide *VVesemb.* paulò aliter distinguentem in *parat. ff. ad l. Iul. de adult. nu.* 8. *Menoch. de arbitr. jud. cas. 420. n. 96. & seqq.* qui statuit judicis arbitrio pro qualitate facti & personarum hos esse feriendos per text. in *l. 2. C. de incest. nupt.*

Sed objicitur, quod in veteri testamento multi sancti viri plures vxores habuisse leguntur. Sic Lamech duas accepit vxores. *Genes. 4. vers. 19.* qui primus digamus fuit, & legitimi conjugii corruptor. Sic Iacob duas habuit vxores vno & eodem tempore, Rachelem & Leam. *Genes. 29* idque Deus tunc temporis tolerauit. Resp. Polygamia nunquam fuit jure diuino permissa, & talia patrum exempla non imitanda, sed admiranda sunt. ab initio enim non erat sic, vt inquit filius Dei *Matth. 19.* vbi nos reuocat ad primam institutionem conjugii, nempe quod debeant esse duo, & non plures in carne vna. Ergò quod primæ institutioni respondet, id rectum bonum justum ac Deo acceptum est. Nec refert quid Patres & alii homines fecerint, quia sequi oportet non hominum consuetudinem, sed veritatem Dei, teste Cypriano. Ideo autem Patres plures vxores simul habuerunt, propter promissum semen mulieris, quod contriturum erat caput antiqui serpentis, quod Patres summo desiderio expectabant & petebant, sicut Christus testatur *Luce. 10.* Vnde & Tertullianus in libro de Monogamia, vocat patrum polygamiam licentiam passiuam. Cum ergo Deus non probauerit patrum polygamiam, sed per conniuentiam tolerauerit tantùm, ideo illorum exempla non sunt imitanda. Et non tantum spectandum est, quid Romæ factum est, sed quid fieri debuit. *l. sed licet. 12. ff. de off. præs.*

Secundo in contrarium adducitur locus ex *cap. 19. Matth.* vbi traditur, quod Moyses permiserit maritis dare libellũ repudii vxoribus suis, & iis dimissis alias ducere. Ergo si hoc Moyses concessit Iudæis, electo Populo Dei, videtur polygamia aliquando licita fuisse, & per consequens Christianis non deneganda. Resp. In eodem loco mox subjicitur responsio ad hanc argumentationem, quod hoc Moyses non concesserit quasi licitum & rectum, sed propter duritiem cordis Iudæorum hoc genus repudii tolerauit,

& dissi-

& dissimulauit, tanquam leuius malum, ne grauius quicquam ab iis committeretur. Vnde ibidem Christus hanc licentiam tollit & abrogat, & ad primam institutionem conjugii nos reuocat, vt scilicet quilibet tantum vnam vxorem eodem tempore ducat, eique indiuiduo & perpetuo nexu vsque ad mortem adhæreat. Hoc solum nobis licitum & rectum censeri debet, quod lege diuina nominatim conceditur, cujus sola voluntas statuit boni & mali discrimen, cujusque lex tantum nobis esse debet sanctè pieque viuendi regula. Plura de hac quæstione eleganter differentem. vide *Bezam in tract. de polygami.i. & Martyrem in Classibus locor. commun. class. 2. c. 10.* & *in librum.1. Samuelis, c.25.* Dissentit *Bernardus Ochinus in libro de Polygamia*, quem accuratissimè refutauit *Th. Baza in eleganti tractatu suo de Polygamia. & Pet. Martyr in locis communibus. clas. 2. c. 10.*

ASSERTIO C.

Matris & tutorum consensus non requiritur de jure ciuili in sponsalibus vel nuptiis filiæ seu pupillæ.

DISPVTATVR inter DD. An etiam in puellæ sponsalibus vel nuptiis de necessitate requiratur consensus matris vel tutorum. Et statuendum est tanquam verius & probabilius de jure ciuili, quod matris vel tutorum consensus in sponsalibus vel nuptiis pupillæ vel adultæ non requiratur. Ratio hujus decisionis est manifesta, quia eorum tantum consensus desideratur in nuptiis, qui patriam potestatem in contrahentes habent. *Inst. de nupt. in princ. in verb. in quorum sunt potestate l. 2. ff. eodem.* Ad verò cum liberi non sint in potestate matris, multò minus in potestate tutorum vel curatorum. *§. fœmina Inst. de adopt. l. in copulandis. 8. C. de nupt.* Ideò eorum voluntas ad nuptias non censetur necessaria. Huc facit, quod nec approbatione patris, filio filiæve emancipatæ, jure ciuili ad essentiam nuptiarum est opus. *l. filius 25. ff. de rit. nupt.*

Sed huic decisioni grauiter repugnant. *l. 1. l. vidua. 18. l. in conjunctione. 20. C. de nupt.* vbi statuitur, quod filia minor. 25. annis, siue sit virgo, siue vidua, imò etiamsi sit emancipata, nihilominus debet adhibere consensum patris. Si verò patre est orbata, adhuc debet consensum matris & tutorum impetrare. *Cujac. lib. obs. 3. cap. 5.* putat hac in re differentiam statuendam esse inter filium & filiam, ita quod filius emancipatus etiamsi sit minor. 25. annis, non teneatur in nuptiis adhibere consensum patris: filia autem etiam emancipata consensum patris adhibere debeat. Quod si patre mortuo filia minor. 25. annis sui juris sit effecta, tunc matris & tutorum consensum etiam impetrare

impetrare cogatur. per *d.l.1.l. viduæ. & d.l.in conjunctione. C.de nupt.* Ideò autem magis districtè & necessariò vult in nuptiis filiæ adhiberi consensum parentum & tutorum, quàm in nuptiis filii, quia filiæ propter sexus imbecillitatem magis quam filii in contrahendis nuptiis errare & decipi possunt, cùm sæpè contra propria commoda fœminæ laborare deprehendantur. *l. si pater. 4. C. de sponsal.* Sed mihi probabilius & rectius ita videtur statuendum, quod matris consensus non sit necessarius in nuptiis filiæ. Et quod *l. 1. C. de nupt.* etiam matris consensum efflagitare videtur, id non necessitate conclusit, sed pudori & reuerentiæ filiæ reliquit. Ita statuit *VVesenb. ad princ. tit. Inst. de nupt. num. 6.*

Quod ad tutores attinet, tutorum consensus videtur necessarius fuisse in sponsalibus pupillæ. *d. l. 1. C. de nupt.* quia pupilli sunt quasi in horum potestate, cum tutor magis detur personæ quam rebus. *l. in copulandis. C. de nupt.* Nam nuptias ii quibus tutores præsunt, id est, impuberes contrahere non possunt, ideoque in iis frustra disputatur de consensu tutorum. Cæterum cum hodiè propè sublatum sit omne tutelæ & curæ discrimen, & tutores iidem maneant, qui & curatores, idem in tutoribus statuendum videtur in nuptiis vel sponsalibus pupillæ, quod in curatoribus obtinet, vt scilicet tutorum consensus & approbatio necessariò non requiratur. *d.l. in copulandis l. sciendum. ff. de ritu nupt.* Hæc de consensu matris, quod scilicet necessariò non requiratur in nuptiis liberorum, obtinent de jure ciuili, cum mater liberos non habeat in potestate. *§. vlt. Inst. de patr. pot.* Verùm cum jure diuino par reuerentia debeatur patri & matri, secundum præceptum 5. Decalogi, non solum patris, sed etiam matris consensus necessariò requiritur in nuptiis liberorum. Etsi enim inæqualis est eorum potestas, tamen parentibus pietas æqualis debetur. *l. furiosæ. C. de curat. furios. l. parentes. ff. de in jus voc.* Et hæc sententia in benè constitutis Rebuspub. & reformatis Ecclesiis moribus obseruatur, quod scilicet vtrorumque parentum suffragium in liberorum præsertim minorum. 25. annis nuptiis contrahendis de necessitate requiratur, nec absque eo nuptiæ contrahi possint. Si tamen nuptiæ sint contractæ, & per copulam consummatæ, ob parentum dissensum non dissoluuntur. *arg. l. patre. ff. De his qui sui vel alie. jur. sunt. l. 1. in fi. & l. seq. ff. de lib. exhib.* Ratio est, quia res integra esse desiit, & magna fieret injuria puellæ, si postquam vitiata esset, simul cum virginitatem maritum quoque amitteret. *c. cum causa. ex. de raptor.* Si verò initiata tantum sunt matrimonia, vel sponsalia de præsenti contracta, possunt ob dissensum parentum rescindi, quoties parentes habent justas & probabiles causas contradicendi. Ita decidit *VVesenb. in parat. ff. de ritu nupt. nu. 3. & 8.*

CENTVRIÆ II.
MISCELLANEARVM ASSERTIONVM CONTROVERSARVM,
SEV
ΕΝΑΝΤΙΟΦΑΝΩΝ.

ASSERTIO I.

Dos non pertinet ad substantiam matrimonii, nec ob dotem promissam non solutam, maritus uxorem expellere potest.



Os datur & constituitur propter nuptias, neque sine nuptiis aut matrimonio dos esse potest, è contra autem, nuptiæ sine dote benè possunt contrahi. Non enim dotibus, sed affectu & amore conjugali matrimonia contrahuntur. tex. sunt in *l. vlt §. sicut C. de donat. ant. nupt. Nouel 117. c. 3.* Hinc le[illegible] expressè cautum & decisum est, quod vir ob dotem non solutam, vxo[illegible] domo suâ expellere non possit, *l. vlt. C. de repud §. sic itaque matrimonia. vers. si quis sub potestate. Nou. 22. de nupt.* Defendunt hanc sententiam *VVesenb. in parat. ff. de iur. dot. num. 6. Gail. lib. 2. obs. c 87. num. 3. Fachin. lib. 3. controuers. c. 48. Hotom. in tractat. de dotib. in cap. quo agit de jure dotium quod ante matrimonium spectatur.* Contrariam opinionem sequuntur *Castrens. ad l. Insulam. §. vsu-ras. ff. Solut. matr. Iason in §. fuerat. num. 98. Inst. de act. Gomes. ad ll. tauri. l. 50. num. 31. Boer. decis. 22. num 2. & 3.*

Sed opponitur huic sententiæ. *l. vlt. C. Ad SC. Velleja.* cujus hæc sunt verba. Neque ferendum est mulierem fieri indotatam, & sic à viro forsan repelli, & distrahi matrimonium. Resp. In illa lege Imp. non permittit marito vt vxorem expellat propter dotem non solutam, sed tantum indicat periculum esse, ne vir vxorem ob eam causam de facto expellat, & matrimonium distrahat. Itaque Imp. ibi tantum proponit casum, qui de facto propter non solutam dotem contingere posset, quod scilicet propter eam causam posset vir vxorem

rem

rem expellere, & ei repudium mittere, non autem affirmat ibi Imp. hoc à marito jure & rectè fieri posse, sicut eum tex. multi perperam intellexerunt. Ita respondet Nobilissimus JC. *Ioachimus a Beust. in 2. parte de matrimo. c. 66.* Quæ sententia habet evidentem & firmam rationem, quia marito potest alio remedio consuli, ad dotem consequendam, nempe ope & officio judicis. Vel aliter etiam respondetur, quod hæc *l. vlt. C. Ad SC. Vell.* per Novellas constitutiones abrogata & emendata est scilicet *No. 22. § si itaque matrimonii. No. 53. §. vlt. No. 74 §. vlt. & No. 117.* vbi statuitur, ne mariti eadem causa vxores repudient, quod sint indotatæ, & si secus faciant; & vxores suas repudient vel expellant propter non acceptam dotem, quod tunc quartam partem bonorum eis relinquere coguntur. Ita respondet *Hotom. in tract. de dotib. in c. vbi agit de jure dotium, quod ante matrimonium spectatur.*

Secundò objicitur, *gloss. in §. vlt. Nou. de non elig. secund. nubent. mulier. in verb. onera*, dum inquit, quod videatur iniquum, quod vxor alatur à viro non tradita dote sibi promissa; sed licet hoc verum sit, non tamen ex eo rectè infertur, vxorem posse à viro ob dotem non solutam expelli. Planè illud notandum est, quod non tenetur sponsus sponsam in vxorem ducere, si dotem quam promisit, non solvat, dummodò res adhuc sit integra, & copula non sit secuta. *Io. Andr. Imola & alij in cap. quemadmodum de jurejur. per tex. in cap. de illis de cond. appo.* juxta communem intellectum, *l. si ita stipulatus fuerò 97. §. si tibi nupsero. ff. de V. O. Covar. 1. par. de sponsal. c. 7. fac. l. si donaturus. 9. §. 1. ff. de cond. cau. da.* vbi dicitur, quod maritus non cogitur vxorem indotatam habere. *adde l. purè 5. §. sed & similiter. ff. de dol. mal. & met. exc.* vbi dicitur, non esse permittendum, vt mulier fiat indotata. *l. vlt. §. 1. ff. Quæ in fraud. cred.* vbi dicitur, non esse præsumendum quenquam indotatam vxorem ducturum.

ASSERTIO II.

Dos ab hæredibus mariti, propter adulterium mulieris retineri non potest.

SI vxor commisit adulterium, & maritus cum esset ejus ignarus, decessit nulla instituta accusatione contra vxorem: quæritur an hæredes mariti possint retinere dotem propter adulterium vxoris. Et verior, justque magis consentanea est sententia, hæredes mariti dotis retentionem non habere. Quæ opinio hisce argumentis præcipuè comprobatur, quod de his quæ maritus æquo animo tulit, hæredes ejus conqueri non debent.

Secundò judicium de moribus non transit ad hæredes. *l. rei judicata.* ... *§. 1. ff. solut. matr.* vbi dicitur, quod morum coercitio non transit ad heredes mariti. Tertiò actio injuriarum quæ defuncto competebat, non transit ad hæredes, si defunctus eam non intentauit, *l. 1. ff. de priuat. delict. l. injuriarum. 13. in princ. ff. de injuriis.* Atqui hoc judicium de moribus comparatur actioni injuriarum. Et regulariter actiones quæ ad vindictam comparatæ sunt, ad heredes non transeunt. *l.* ... *l. vltim. Cod. de reuoc. donation.* vbi dicitur, quod si donator in vita sua non reuocauit donationem ob ingratitudinem donatarij, hæredem ejus reuocare non posse, & sic jus reuocandi non transit ad heredem. *l. 1. §. vltim. ff. Ad SC. Sillan. l. omnimodo 30. C. de inoff. testament.* vbi sancitur, si pater filios ingratos non exclusit à sua hæreditate, non licere hæredibus ejus hos ingratos nominare, & hujusmodi querelam introducere. id est, si liberi non sint à patre propter ingratitudinem exheredati, non possint heredes patris contra eos licet ingrati erga patrem extiterint, querelam inofficiosi testamenti instituere, & sic eos à paterna hereditate excludere.

Sed opponitur huic decisioni hoc argumentum. Nemo præsumitur actionem seu jus suum repudiare, quod ignorat sibi competere. *l. mater. 19. ff. de inoff. test. l. legitimam. 8. ff. de petitione hæreditatis.* Ideoque cum maritus ignorans adulterium ab vxore commissum (quod in dubio præsumitur. *l. mariti. 29. in princ. ff. ad l. Iul. de adult.*) non instituta accusatione decessit, non censentur hanc injuriam remisisse, ideoque ejus hæredes rectè & vtiliter adhuc experientur, & dotis repetitionem impedire poterunt. Resp. Non ea ratio istius juris, quod accusatio de moribus defuncti non competat hæredibus, est præsumpta tantum defuncti voluntas, qui censetur hanc injuriam remisisse, sed odium istius judicij, quod ad vindictam comparatum est, propter quod perinde habetur maritus, qui conquestus non est de crimine & vitio vxoris, ac si omninò vxori hoc delictum ignouisset. Sic & actio injuriarum non competit hæredi, quæ à defuncto instituta non est, cui hoc judicium rectè comparatur. Hanc decisionem, quod ab hæredibus mariti dos retineri non possit propter adulterium vxoris, si maritus inscius perpetrati criminis decessit, nulla instituta adulterij accusatione, defendit *Duarenus ad l. rei judicata. 15. ff. Solut. matr.* Dissentiunt *Menoch. de arbitrar. judic. lib. 2. cent. 5. cas. 419. num. 58. & seqq. Anton. Guiper. in tractatu de dotib. c. 6. num. 28.* Prædictam assertionem comprobant *Bart. ad d. l. rei judicata. §. 1. ff. Sol. matr. specul. in tit. de donat. §. quod si mulier. Bald. cons. 132. vel 732. incip. petens de firmo. volumine 5.* Vbi addit quod heres mariti conuentus de restitutione dotis non solum non potest excipere de adulterio ab vxore cõmisso, sed nec accusare eam adulterij potest. Pœna enim priuationis bonorũ propter delictum,

delictum, non transit ad heredes delinquentis *l. eius qui delatorem 29. & ibi Bart. ff. de iur. fis.* Eandem sententiam approbat *Guid. Pap. sing. 431.*

ASSERTIO III.

Tutela est vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem se defendere nequit, jure ciuili data & permissa.

EXTAT hæc definitio tutelæ à IC. Seruio Sulpitio tradita in *l. 1. ff. de tutelis & §. 1. Inst. eo.* quæ absoluta est & elegans, desumta à causa efficiente, materiali & finali. Generis loco posita hæc sunt. *Vis & potestas*, id est, auctoritas gubernandi personam, & administrandi bona pupilli, non vt perperam Accurs. qui vim hic accipit pro violenta potestate. *In capite libero.* Hæc verba materiam & subjectum tutelæ continent, & referenda sunt ad pupillum qui sui juris esse debet, & à dominica vel patria potestate solutus. *Ad tuendum, &c.* Hæc causam finalem tutelæ, seu effectum & officium tutorum respiciunt, qui in hoc dantur, vt vitam mores bonaque pupillorum tueantur. Postremo quod subjicitur. *Iure ciuili data & permissa*, hoc ad causam efficientem pertinet: data scilicet legitima & datiua tutela, quæ à lege & magistratu deferuntur, permissa scilicet testamentaria, quam lex dari permittit à testatore *l. 1. ff. de test. tut. l. 1. ff de legit. tut.*

Huic definitioni pleraque aduersantur. Et primò videtur tutela malè definiri potestas, quia ii qui in tutela vel curatione sunt, sui juris esse dicuntur, & in aliena potestate esse negantur. *Inst. de tutel. in princ.* Resp. Aliter accipitur potestas, cum dicitur quis esse in potestate, aliter cùm tutela potestas definitur. Quod traditur hic, quod tutela sit potestas, hoc de auctoritate, item gubernatione personæ, & administratione bonorum intelligendum est, quod scilicet tutela est potestas, quæ circa gubernandos mores pupilli, & bona ejus est occupata. Tutor enim datur imprimis, vt pupillum cum sua familia alat & tueatur, eumque studiis optimisque vitæ moribus imbuat, deinde vt bona pupilli curet & administret. *l. cum plures 12. §. cum tutor. ff. de adm. tuto.* Non autem tutor habet potestatem in personam pupilli, si jus status vel capitis respicias, quæ potestas soli domino & patri in personam serui & filii competit. Vnde pupilli caput liberum esse dicitur.

Secundò huic enunciato quo asseritur, tutelam esse potestatem in caput liberum quod perinde valet, ac si dicas in pupillum liberum vel sui juris, refragatur. *l. vlt. §. minores C. de senten. pass.* vbi filio f. mil. tutor datur, Item

aduersatur *l. si impuberi 13. ff. de tut. dat. ab his:* vbi pupillo seruo tutor datur. Ad priorem l. respondetur, quod ibi pater filiitam. erat deportatus in insulam: quo casu patria potestas extinguitur, quoad durat pœna deportationis, & interim ei tutor datur, qui tamen patre restituto in pristinum statum deponit efficium tutelæ, & jus administrationis reuertitur ad patrem. Ad posteriorem l. respondetur, quod hoc singulari jure constitutum est, vt seruo impuberi, cui simul à domino libertas per fideicommissum est relicta, propter certam spem in dubitatam ac infallibilem instantem libertatis tutor detur, vt & alibi sæpè seruus agit contrahitque *l. & eleganter. §. seruus. ff. de dolo. l. vix certis. 53. ff. de judic.*

Tertiò ei quod traditur tutelam esse jure ciuili inuentam, repugnat. *§. vlt. Inst. de Attil. tut.* vbi statuitur, tutelam esse jure naturali introductam. Naturale enim est, vt is qui perfectæ ætatis non est, alterius tutela regatur. Resp. Quoad originem, institutionem ac materiam, à jure gentium seu naturali tutela producta est, incrementum verò & formam accepit à jure ciuili. Naturali si quidem rationi conueniens est, vt impuberes qui propter lubricum animi consilium & ætatis infirmitatem se ipsos regere non possunt, à prudentioribus, qui firmum jam habent judicium, regantur & defendantur.

ASSERTIO IV.

Tutor rem pupilli emere prohibetur.

NE duplici officio fungatur tutor, & venditoris & emtoris, rem pupilli emere non potest; neque etiam in rem suam auctor fieri potest, tex. est in *l. si in emptione. 34. §. vult. ff. de contr. empt.*

Sed grauiter aduersatur. *l. cum ipse. 5. C. de contr. empt.* vbi affirmatur tutorem posse bona pupilli palam & bona fide comparare. Resp. Sub distinctione. Aut tutor solus emit rem pupilli & à se ipso, & talis emptio nulla est & inutilis. *l. pupillus. 5. §. item ipse. ff. de auctorit. tut.* vbi IC. requirit, vt valida sit emptio rerum pupillarium, vt tutor emat à contutore, vel contutoris auctoritate. Hoc enim est palam & bona fide emere. Aut tutor emit rem pupilli cum auctoritate contutoris, & hæc emptio valet, tanquam palam & bonâ fide contracta. *l. non existimo. 54. de admin. tut.* vbi addit IC. Multum referre vtrum tutor palam aperteque se debitorem, vt extraneum & quemlibet faciat pupilli, an sub administratione tutelæ latenter sua commoda pupilli pecunia adjuuet. Minor enim aut nulla doli præsumtio est contra eum, qui palam aliquid facit, ne tum quidem cum delinquit. *d. l. 5. §. sane si ipse. ff. de auct. tuto. d. l. cum ipse 5. C. de cont. emp. l. vlt. ff. de rit. nupt.*

Secundò

Secundò opponitur. *l. tutor. rerum. 56. ff. de administrat. tuto.* vbi statuitur, quod pupillus non potest vindicare rem, quam tutor etiam solus emit à pupillo, si modo pretium soluerit, & in rem pupilli conuerterit. Resp. In eo casu, quod antea solenniter & publica auctoritate judicis distractum erat, tutor emptore non soluente emit, & sibi retinet, quo casu emptio valet, si modo tutor pretium vltima licitatione oblatum soluat, & in rationes pupilli referat. Nam sic nulla captione afficitur pupillus, neque tutor ab initio rem pupilli emit, sed ab alio rem emptam sibi eodem pretio seruat, cum etiam potuisset ab emptore. Denique notandum, quod & isto casu emptio valet, si tutor à creditore pupilli rem vendente bona fide emat; hoc enim & quilibet extraneus facere posset. *d. l. pupillus. §. item ipse.* Vide de hac quæstione *Corrasium. libro sexto Miscel. cap. 14.*

ASSERTIO V.

Imperitus literarum excusatur à tutelâ.

IMPERITIA literarum legitima est excusationis causa à tutela. Quod probatur in *§. similiter Inst. de excus. tuto.* vbi traditur, eos qui literas nesciunt excusandos esse à tutela, D. Pius rescripsit. Dicuntur autem imperiti literarum, vt rectè interpretatus est *Duare lib. 1. disp. c. 3.* qui literas pingere, & legere nesciunt: *per l. 3 §. 1. & 2. ff. de accusat. l. pater 93. §. 1. ff. de a q. her.* Hæc imperitia literarum merito tribuit vacationem à tutela. Cum enim in tutela confici inuentarium, & conscribi rationes necesse sit, certè qui literarum imperiti sunt, hæc præstare non possunt, ideóque nec tutelam pro commodo pupillorum idoneè administrare queunt. Neque recipienda est eorum sententia, qui existimant illiteratos à tutela non esse excusandos, si modo ea naturali solertia, & rerum experientia præditi sint, vt ad negotiorum administrationem sufficiant. Idque probare nituntur ex *d. §. similiter,* vbi postquam scriptum erat, imperitos literarum excusandos esse à tutela, additur exceptionis loco, nisi tales sint, vt negotiorum administrationi possint sufficere. Quod non est admittendum. Nam ille verba, *Quamuis & imperiti literarum possint negotiorum administrationi sufficere* ita sunt accipienda, quamuis aliorum negotiorum administrationi quam tutelæ, puta priuatorum & suorum bonorum gubernationi sint idonei. Illa ergo est ejus. §. sententia, imperitos literarum omnimodo esse excusandos à tutela: quippe ita esse excusandos à tutela, vt quamuis alioqui extra tutelam possint administrationi negotiorum sufficere, tamen à tutela sunt excusandi.

Sed.

Sed pugnat cum *d. §. similiter. Inst. de excus. tuto. l. si duas 6. §. vlt. ff. eodem.* Cujus hæc sunt verba: Mediocritas & rusticitas interdum præbent excusationem, secundum epistolas Diuorum Hadriani & Antonini. Ejus qui negat se literas scire, excusatio non debet accipi, si modo non sit expers negociorum. Resp. Hic imperitus literarum paulò generalius debet accipi pro eo scilicet, qui non est imbutus studiis literarum. Quod probatur ex eo, quia postea excipitur is, qui propter imperitiam est expers negotiorum, hoc est, qui ita est imperitus, vt negotia per omnia rectè administrare non possit. Quod in eo accidit, qui neque pingere literas, neque legere nouit. Itaque cum epistolâ Diuorum Imperatorũ Hadriani & Antonini excipiatur hæc species imperitorum, necesse est, vt prius acceperit imperitiæ genus latius patens, quam speciem, quæ excipitur. Hanc sententiam, quod imperiti literarum excusentur à tutela, eleganter defendit *Donel. lib. 3. comment. c. 9.* Cui suffragatur *Anto. Augustin. lib. singulari de excusationibus ad Modestinum ad d. l. si duas 6. §. vlt. ff. de excus. tutò. Petrus Grangianus in Paradox. Iur. ciuil. cap. 43.* vbi eleganter probat imperitum literarum, hoc est qui pingere aut scribere non didicit, esse à tutela excusandum per *l. libellorum. ff. de accusat.* Comprobant hanc sententiam, *Hotoman. ad §. similiter. Inst. de excus. tuto. Cuiat. ad d. c. 6. §. fin. ff. de excus. tuto.* Dissentit *Pacius cent. 5. quæst. 82.*

ASSERTIO VI.

Tutor statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, post tempus autem, aut per epistolam ejus auctoritas interposita, nihil agit.

CONFIRMATVR & expressè probatur hæc decisio in *l. obligari. 9. §. tutor. ff. de auctorit. tuto. §. tutor. Inst. eo.* Forma namque interponendæ auctoritatis est, vt tutor in ipso negotio pupilli præsens suam auctoritatem interponat. Ex interuallo autem non rectè interponitur. Ratio est, quia quæ pertinent ad solennitatem actus vel contractus, à contractu diuidi non possunt. *l. 1. §. 1. l. continuus 137. ff. de verb. obligat. arg. l. heredes palam. §. vlt. ff. Qui test. fa. pos.*

Objicitur *l. si per epistolam. 50. ff. de acqui. hæred.* vbi traditur, quod per epistolam tutor auctoritatem interponat. Resp. In ea lege non de auctoritate, sed de jussu agitur. Tutor absens per epistolam jubere potest, at absens tutor per epistolam auctor fieri non potest. Ratio diuersitatis est, quia auctoritas verba requirit. *l. 3. ff. de auct. tut.* & ideò mutus tutor dari non potest.

potest. *l.1. ff. de tutelis*. Iussus non requirit verba, sed per epistolam aut nuncium jubere possumus. *l.1. ff. Quod jus.* Deinde jussus præcedere debet. *l. si quis mihi. §. jussum. ff. de acqui. hæred.* Auctoritas interponitur in ipso negotio, vel etiam perfecto negotio.

Secundò aduersatur. *l. si quis mihi. §. jussum. ff. de acquir. hæred.* vbi IC: docet, quod etiam perfecto negotio tutoris auctoritas interponi possit. Igitur malè dicitur tutorem statim in ipso negotio debere auctorem fieri. Resp. Quod dicitur, tutorem statim in ipso negotio debere auctoritatem interponere, id cum aliquo temperamento temporis intelligimus. Statim dicitur interposita auctoritas, si vel initio, in ingressu ipsius negotii fuerit interposita, vel si statim perfecto negotio fuerit apposita, antequam contrahentes ad extraneos actus diuerterint. Sic in stipulatione dicimus cominus esse respondendum, id est, confestim & è vestigio. *l. continuus. ff. de V. O.* & tamen cominus, id est, confestim responsum censetur, si illo die quo promissor interrogatus est, responderit, antequam respondens alium extraneum actum aggressus fuerit. *d. l. continuus.*

Tertiò opponitur. Ratihabitio mandato comparatur, *l.1. §. sed & si. ff. de vi & vi arm. l. semper. ff. de R. I. l. vero procuratori. 12. §. vlt. ff. de solut. l. vlt. C. Ad SC. Maced.* Igitur non est necesse, quod statim in ipso negotio tutor auctoritatem suam interponat. Resp. Verum est antecedens, nisi lex nominatim requirat, vt statim in ipso negotio quid fiat, tunc enim id de formâ ipsius negotii esse dicitur. Et vbi certa forma data est à jure, non sufficit illam impleri per æquipollens. *Boërius in decision. suis. decis. 1. & 2.* Ideoque quamuis ratihabitio mandato comparetur, tamen cum de auctoritate tutoris interponenda agitur, non sufficit ratihabitio, quia pro forma exigitur, vt tutor statim in ipso negotio præsens suam auctoritatem interponat. Ergò quod pupillus sine tutore gessit, ratum postea haberi non potest, sed ex integro contractum iniri necesse est, vel à solo tutore vel à pupillo, adhibita tutoris auctoritate. Ita notat *Anto. Faber in Iurisprud. Papinianea tit.* XII. *de tutel. princ. 6. illat. 23.*

ASSERTIO VII.

Tutor de rebus pupilli transigere potest.

CONFIRMATVR hæc decisio per tex. expressum in *l. si pignore. 54. §. vlt. & l. inter dum. 56. §. qui tutelam. ff. de furt.* vbi traditur, quod tutori licet transigere cum eo, qui rem pupilli furto subtraxit, & sic permittitur ei super actione furti pupillo competente transigendo decidere, vbi subjun-

gitur hæc ratio, quia tutor loco domini habetur, in rebus pupilli administrandis. Confer. *l. ad ea quæ. 157. ff. de regul. jur.* vbi traditur tutores & curatores dominorum vice haberi. Quod tamen ita per alias leges temperatur & restringitur, vt tum demum tutores in rebus pupilli loco dominorum habeantur, cum ejus bona administrant, non cum pupillum bonis suis spoliant. *l. qui fundum. 7. §. si tutor. ff. Pro empt. l. tutor. 27. ff. de administrat. tuto.* vbi eleganter notat Bart. quod tutor cum benè fecit, habetur loco domini. Denique hæc sententia comprobatur per *l. si plures. 9. ff. de pact.* vbi traditur, quod tutores possunt cum debitore pupilli, qui pauper est, transigere, remissa ei aliqua parte debiti.

Verum objiciet aliquis hoc modo. Tutoribus tantum permissum est debita pupilli exigere, non verò remittere aut pacisci de non petendo debito. *l. contra. 28. §. 1. ff. de pact.* Adhæc tutoribus non permittitur donare res pupillorum, nec vllo modo possunt eorum conditionem deteriorem facere. *l. non omni. 16. C. de administr. tut.* Atqui hæc remissio litis, seu pactum vel transactio de non petendo debito, videtur esse donationis species, quia transactio nihil aliud est, quam rei dubiæ vel litis incertæ, aliquo dato vel retento, facta remissio. *l. 1. ff. de transact. l. transactio. 38. C. eo.* Præterea obstat. *l. Lucius. 46. §. vlt. ff. de administr. tuto.* vbi respondetur, quod tutoribus non est permissum res pupilli donare, aut deminuendi causâ cum debitoribus pupilli transigere. Denique aduersatur *l. pactum. 22. C. de pact.* vbi statuitur, quod tutores possunt quidem exigere debita pupillorum, sed non possunt paciscendo debita eorum remittere. Hæc contrarietas tali distinctione concilianda est. Aut transactio illa decidendi causâ interponitur, hoc est super tali lite transigitur, cujus exitus poterat pupillo esse anceps & onerosus, & tunc licet tutori transigere super lite pupilli. *arg. l. præses. 12. C. de transact.* Aut tutores transigendo res pupillorum donant vel alienant, & tali modo tutores, sicut & alii administratores rerum alienarum, transigere non possunt, vt scilicet transigendo alienent aut diminuant jura vel bona pupillorum. *l. non solum. 4. C. de præd. & al. reb. mino. arg. l. 1. ff. de off. procur. Cæs. l. nulli. 13. ff. de transact.* Ita distinguit ex communi DD. sententiâ *VVesenb. in parat. ff. de transact. num. 4.*

ASSER-

ASSERTIO VIII.

Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.

DEFINITIO hæc est IC. Modestini tradita in *l. 1. ff. Qui test. fac. poss.* Ex qua hoc obseruandum, quod testamentum dicatur justa, id est solennis & legitima voluntatis nostræ sententia. Quo vocabulo, justa, satis distinguitur testamentum à codicillis, qui nihil aliud sunt, quam testati, vel intestati minus solennis voluntas. Sic alibi testamentum justum dicitur, quod justè factum est, & in quo solennia juris adhibita sunt. *l. 1. ff. de injust. rupt. irrit.* Sic justa vxor dicitur, quæ ritu, moribus, solennibusque omnibus Quiritium seruatis ducta fuit. *l. si vxor. 13. §. 1. Ad l. Iul. de adult.* Sic justæ nuptiæ dicuntur, quæ secundum præcepta legum cojerunt inter conjuges. *§. 1. Inst. de nupt. Donel. lib. 6. com. c. 4.* Vnde & Vlpianus in Enchiridio suo ita definit testamentum, quod sit mentis nostræ justa contestatio in id solenniter facta, vt post mortem valeat.

Sed opponitur, quod hæc definitio nimis lata sit & ampla, quæ non solum testamento, sed & codicillis conueniat. Nam codicilli quoque rectè ita definiuntur, quod sint voluntatis nostræ justa sententia, de eo, quod post mortem nostram fieri velimus. Resp. Verbum *Iusta*, satis distinguit testamentum à codicillis, quia codicilli non continent justam & solennem sententiam, cum in ipsis nulla ordinationis solennitas desideretur. *§. vlt. Inst. de codicil.* neque in codicillis heres directò institui possit, quæ heredis institutio caput & fundamentum est testamenti. *§. ante heredis. Inst. de legat.*

Sed contra solutionem instatur hoc modo, quod in codicillis quinque testes interuenire debent. *l. vlt. C. de codicil.* qui numerus pertinere videtur ad solennitatem codicillorum, cum in aliis actibus & negotiis sufficiant duo testes. *l. vbi numerus. 12. ff. de testib.* Resp. Numerus iste non solennitatis, sed probationis tantum causa adhibetur codicillis, vt liquidò docet *l. vlt. C. de fideicom.* Nam non solùm in codicillis, sed in omni scriptura, in qua pecunia soluta memoratur, similis numerus testium exigitur, *l. testium. C. de testib.* Deinde in codicillis non requiruntur rogati testes, vt in testamento, imo & mulieres testes interuenire possunt in codicillis. *l. vlt. C. de codicil. in fin. Vigl ad §. testes. Inst. de testa. ord.*

Secundo opponit Accursius quod definitio hæc sit angustior suo definito, quia non continet institutionem hæredis, quæ tamen est substantialis

pars, imò caput & fundamentum testamenti. Resp. Non opus est hoc supplemento Accursij, quia institutio hæredis, sub vocabulo *Iusta*, satis continetur, cum institutio hæredis sit potissima pars solemnitatis in testamento necessariæ. §. *ante hæredis. Instit. de legat. Vigl. ad tit. Instit. de testam. ordin. numer. 24. & 32.*

ASSERTIO IX.

Testamentum ad alterius interrogationem conditum non valet.

QVÆRITVR an ad alterius instantiam & interrogationem testamentum fieri possit? puta si Notarius roget testatorem an velit hunc vel illum hæredem instituere, & ille profiteatur se velle: Et statuendum est, testamentum ad alterius interrogationem conditum non valere. Quæ sententia probatur primò per *l. jubemus, 29. C. de testam.* vbi disertè sancitur quod testator debet nomen hæredis in suo testamento propria manu scribere, vel si scribere non possit, debet nomen hæredis coram testibus nuncupare, additurque in eadem lege justa & aperta decidendi ratio, ne falsitas in elogiis & testamentorum confectione committatur. Secundò confirmatur hæc sententia hac æquissima ratione, quod testamentum debet esse justa & libera voluntatis nostræ sententia. *l. 1. C. de sacros. Eccles.* Atqui non est libera voluntas quæ ad importunam instantiam alicujus est extorta. *l. 1. & 2. Si qu. aliq. test. prohi.* Denique probatur hoc euidenter per *l. heredes palam. 21. ff. de testam.* vbi dicitur quod testator debet in testamento nuncupatiuo heredes palàm nominare, vel si in scriptis faciat testamentum, debet per se vel per alium heredis nomen testamento inscribere.

Opponitur primò huic sententiæ, *l. hac consultissima. §. at cum humana. C. qui test. fac. poss.* vbi statuitur, quod quis possit testamentum suum committere alteri scribendum, vt deinde scriptor seu Notarius hoc testamentum coram testatore & testibus recitet, quod testamentum valet. Resp. Illa constitutio loquitur in testamento, seu vltima voluntate cæci, cui permittitur, vt cum ipse scribere non possit, alii suum testamentum scribendum committat, attamen ipse testator nihilominus debet Notario prius suam vltimam voluntatem exponere, & apertè declarare quos velit hæredes instituere, alioqui ad solam Notarij vel testium interrogationem non potest vtiliter hæres institui, vel testamentum ordinari.

Secundò aduersatur *l. vlt. ff. Si qu. aliq. test. prohi.* vbi valet testamentum mariti, in quo vxor ab eo hæres instituta est, cum blanditiis & affabili sermone

mone maritum ad hoc induxisset. Concordat. *l. vlt. C. eodem.* vbi dicitur, judicium vxoris in se maritali sermone prouocare non est criminiosum. Resp. Valet quidem institutio hæredis quam blando sermone & maritali affectione vxor à marito impetrauit, dummodò tamen non sit captatoria institutio, hoc est, si modò hæres non fallacia, aut dolosa persuasione, aut per vim seu coactionem vltimam voluntatem extorsit. Interim debet hæres viuá voce à testatore nuncupari, aut scripturá designari, nec sufficit ad interrogationem alterius institutio facta; Ita eleganter declarat *Petr. Peckius de testament. conjug. lib. 1. c. 9. & 17.*

Tertiò objicitur. *l. Pamphilo.39. §.propositum de leg.3.* vbi valet fideicommissum, quod testator reliquit fideicommissario ad interrogationem. Resp. Ideò valet hoc fideicommissum, quia primò testator viua voce exposuerat fideicommissario, quod destinasset illi certa quædam prædia per fideicommissum relinquere, deinde coram testibus testamento confecto, ad interrogationem fideicommissarii testatus est, se prædicta prædia per fideicommissum illi concedere. Tale fideicommissum ad interrogationem alterius relictum valet, ideò, quia præcessit declaratio & dispositio testatoris, quod talia prædia illi destinauerat per fideicommissum relinquere. Latius de hac quæstione vide *Menoch. de præsumt. lib. 4. præs. 8. Gomes. ad ll. tauri, l. 3. num. 109. Vigl. ad §. sed cum paulatim. nu. 9. Inst. de testa. ord.* Dissentit *Fachin. lib. 5. contro. cap. 69. & 70.* Imò communis est opinio DD. quod valeat heredis institutio, quando testator non ipse nominauit heredem, vel scripsit, sed interrogatus à Notario, vel alio quouis, num Titium heredem suum esse velit, & respondeat velle. *Addit. ad Gomez. in var. resolut. tit de vlt. volunt. c. 2. VVesenb. ad §. vlt. Inst. de testam. ordin.* Quæ tamen opinio communis tum demum vera est & procedit, si hæc duo interueniant, scilicet vt testator prius exponat suam voluntatem Notario, qui deinde eam redigat in scriptis, & postea interroget testatorem an velit ita testari. Nam eo casu si respondeat quod sic, vtique valet, quod gestum est. Deinde requiritur vt testator non sit nimium infirmus, nam solent sæpenumero à valde infirmis statim morituris talia testamenta extorqueri: quod vehementer iniquum est, & fraudibus obnoxium. Ita tradit *Clarus. in recept. sent. 6. testamentum.*

ASSERTIO X.

Testamentum patris inter liberos, absque testibus confectum valet, contra CVIATIVM.

COMMVNIS & recepta est DD. opinio, quod testamentum patris inter liberos valeat etiam absque vllis testibus confectum, si modò patris vel liberorum subscriptio interuenerit. Scedula igitur à patre scripta vel subscripta, aut subscripta à liberis, etiamsi nulli testes adfuerint, vel subscripserint, continens diuisionem hæreditatis inter liberos, validi testamenti loco est. Ita decidunt *Iulius Clarus in recept. opin §. testamentum. q. 8. & 14. item qu. 37.* vbi dicit hanc opinionem in scholis, & judiciis teneri. *Fachin. lib 4. contro. c. 1.* Ita consuluerunt *Scurffius cent. 2. cons. 28. Elbertus Leoninus cons. 98. num. 4. Gail lib. 2. Obser. pract. c. 112. Anto. Fab de erro. pragmat. decade 35. errore 2. Fachin. libro controuer. 4. c. 1. & 4.* Probatur hæc sententia claro & euidenti tex. in *l. vlt. & Auth. seq. C. Fam. ercisc.* vbi sanciuit Imperator Constantinus, quod quælibet dispositio patris de hæreditate sua valeat inter liberos, etiamsi omni legum solennitate fuerit destituta. Secundò apertè eandem sententiam confirmat *Auth. ex imperfecto. C. de testam.* vbi Imp. Theodos. constituit, ex imperfecto testamento tenere voluntatem patris inter solos liberos. Denique hæc decisio manifestè comprobatur per *No. 107. de testa imperfecto.* vbi Iustinianus statuit, si quis inter liberos voluerit vltimam conficere voluntatem, quod sua manu tempus adscribet, deinde filiorum nomina, ac insuper vnciarum quantitatem, in quibus ipsos scribat hæredes, propria manu declarabit. Cæterum si extraneis voluerit relinquere legata aut fideicommissa, tunc demum si coram testibus hanc dispositionem scripserit, firmiter valebit patris testamentum. Ex hoc loco manifestè confirmatur communis DD. opinio. Cum enim tum demum requirantur testes, cum pater extraneis aliquid legauerit, sequitur cum inter liberos solos paterfam. testatur, etiam absque testibus seruandam ejus vltimam voluntatem. Ratio autem huius assertionis, quod testamentum imperfectum inter liberos valeat, hæc est, quia hoc fauore liberorum est introductum, cum eis etiam jure naturali debeatur parentum hereditas *l. cum ratio 7. ff. de bon. damn.*

Contrariam sententiam primus conatus est defendere *Cujacius in suis consultationibus, consultat. 1.* vbi testamentum patris inter liberos sine testibus non valere astruit. Pro suæ opinionis confirmatione duo adducuntur argumenta. Primum est, quod nec codicillus, nec testamentum dici potest ea voluntas, cui desunt testes: In testamentis enim solemnibus exiguntur septem testes, in codicillis

codicillis quinque *l. hac consultissima. 21. §. 1. l. cum antiquitas 28. §. vlt. C. de testam. l. vlt. C. de codicil.* sicut & in testamento rusticorum quinque testes. *l. vlt. C. de testament.* & in nuda voluntate tres testes requiruntur *l. sancimus. 27. C. de testament.* Resp. Etiamsi ista voluntas patris inter liberos testibus destituta, non habeat vim seu formam testamenti aut codicillorum, tamen valet, vt qualiscunque vltima dispositio, aut ordinatio bonorum patris inter liberos.

Secundò mouetur Cujac. hoc argumento, quod testamentum dici non possit ea voluntas, cui testes desunt, eamque collectionem probat sumto argumento, ab etymologia, quia nominis testamenti substantia à testibus deducitur. Resp. Testamentum non tam à testibus, quam à testatione, id est, declaratione mentis deriuatur, mens enim testatoris in testamentis præcipuè dominatur, & ex voluntate testatoris omnia pendent, quæ in testamento disposita sunt, *l. in conditionibus. 19. ff. de cond. & demonstr.*

Obstare etiam videtur huic assertioni. *l. peto. 69. §. mater. de legat. 2.* vbi in testamento non jure facto etiam fideicommissum debetur extraneo relictum. Resp. Ibi fuit testamentum imperfectum vel minus solenne tantum, quod dationem tutoris, quoad alia verò erat perfectum. Nam ideo erat testamentum ibi imperfectium, quia mater filiis tutorem dederat: atqui mater filiis testamento tutorem dare non potest. *l. 1. & 2. ff. de confir. tuto.*

Denique notandum, quod dicitur, ex testamento imperfecto voluntatem inter liberos tenere, sic esse accipiendum cum Accursio, quando est defectus ratione solennitatis, sed si defectus sit ratione voluntatis, vt si testamentum cœptum esset à patre, necdum absolutum, hoc non valeret ne quidem inter liberos. *Cujac. ad l. si is qui. 25. ff. Qui test. fac. p. ff. B. rt. ibidem nu. 1. Castrens. in d. l. hac consultissima nu. 5. And. Gail. lib. 2. obs. 112. num. 14.* Ideóque si testator habens duos filios, dum id agit, vt inter eos hæreditatem diuidat, ita dicit, lego tale prædium filio meo, & post hæc verba obmutuit, filius in diuisione bonorum paternorum id prædium præcipuum habere non debet. *arg. d. l. si is qui. Costal. ad l. si filio. 20. §. si pater. ff. Fam. ercisc. Anto. Fab. de erro. pragmat. decade. 35. erro. 8.* aliam adhibet distinctionem, videlicet, quod si imperfecta sit voluntas patris respectu liberorum, quod non valeat dispositio patris. At si imperfecta sit voluntas patris quoad extraneos, quos fortè voluit filio coheredes dare, valebit nihilominus voluntas patris jure intestati inter liberos. Non obstat *l. fin. C. Fam. erc.* vbi dicitur cœptum & imperfectum testamentum patris valere inter liberos. Hoc enim intelligendum est, si sit imperfectum quoad solennia juris. At si sit imperfectum ratione voluntatis, non valebit ne quidem testamentum patris inter liberos. *d. l. si is qui 25. ff. Qui test. fa. pos. Facin. lib. 4. contro. c. 4.*

ASSERTIO

ASSERTIO XI.

Nudâ voluntate testatoris non tollitur testamentum.

TESTATORIS nudâ voluntate numquam testamentum infirmatur, quamuis ilicò testatò dixerit se testamentum quod fecit, valere nolle. §. *ex eo autem. Instit. Quib. mod. test. infirm.* Quæ decisio confirmatur hac regula juris, qua generaliter traditur, quibus quidque modis constituitur, iisdem & in contrarium actis soluitur. *l. nihil tam naturale. l. fere. ff. de R. I.* Testamentum non constituitur nuda voluntate. §. *vlt. Inst. Quib. mod. test. infirm.* proinde nec nuda voluntate tollitur.

Aduersatur huic assertioni, quod dicitur ambulatoriam esse hominis voluntatem vsque ad supremum vitæ spiritum. *l. 4. de adim. lega.* Vnde etiam colligi videtur, sola & nuda testatoris voluntate testamentum tolli. Resp. Est quidem ambulatoria voluntas hominis, vt possit quouis tempore prior voluntas à testatore reuocari, sed ita, dummodo reuocetur legitimè, & quomodo jure oportet. Nam quod aliter fit, pro infecto habetur. *l. quoties. ff. Qui satisda. cog.* Tunc contrariâ voluntate infringitur testamentum, cum id fit solemniter & legitimè, puta alio testamento solenni & perfecto postea facto. *l. 1. & 2. ff. de injust. rupt. irr.* Imperfecto vero posteriori testamento prius perfectum non tollitur, quoniam imperfectum testamentum jure non magis valet, quam si testamentum non esset. *l. 3. l. hac consultissima, §. ex imperfecto. C. de testa.*

Secundo repugnat *l. sancimus. 27. C. de test.* vbi prius testamentum perfectum rumpitur per posteriorem contrariam nudam & imperfectam voluntatem, si à tempore prius facti testamenti decennium sit elapsum & posterior voluntas coram tribus testibus vel apud acta sit manifestata. Resp. Non sola nudaque voluntate reuocatur prius testamentum, sed si hæc concurrant, nimirum vt testator coram testibus non minus quam tribus, aut apud acta alicujus judicis testatus sit se nolle prius testamentum quod fecit, valere, deinde si à tempore primi conditi testamenti decennium effluxerit, vt voluntas posterior & testatione idonea, & tam longa temporis diuturnitate confirmetur.

ASSERTIO XII.

Testamentum tempore pestis coram quinque testibus conditum, non valet.

Commvniter DD. statuunt, in testamento tempore pestis condito non requiri septem testes, sed sufficere numerum quinque testium. Hæc est communis DD. opinio, vt notant *Afflictus decis. Neapol. 25. num. 8. Turza. in com. opin. concl. 45. Gail. lib. 2. obs. c. 118. Clarus in recept. sentent. §. testamentum. quæst. 56. Boer. decis. 228. num. 7. 8. 9. 10. & 11.* qui tamen distinguit hoc modo. Aut pestis non est magna, aut est magna, vt hoc casu cum paruo numero testium valeat, illo non valeat, & ita judicatum fuisse testatur. Verum de jure scripto contraria sententia est verior, quod scilicet ab eo qui contagioso morbo pestis laborat, non sufficiat quinque testes adhibuisse, nec satis sit, si testamentum ejus quinque testes subscripserint, vel consignauerint, sed requiritur legitimus numerus, hoc est septem testium præsentia. Nec quicquam facit pro communi DD. sententia, *l. casus 8. C. de testam.* ex qua fundare nituntur suam opinionem, vbi dicitur, propter morbum contagiosum remitti aliquid de solennitatibus juris. Nam vt ex *d. l. 8.* verbis disertè patet, nihil in eâ L. remittitur de numero testium, sed hæc solennitas tantum remittitur, quod licet aliàs opus sit ad testamentum legitimè ordinandum, vt testes eodem loco conuocentur, & singuli coram testatore & aliis testibus simul signent testamentum. *l. si vnus. 12. l. hac consultissima. 21. C. de testa.* nihilominus tamen testamentum valeat à contagioso morbo laborante conditum, licet testes vnà non sint conuocati, nec in præsentiâ testatoris simul sociati, sed quod possint seorsim à testatore testamentum obsignare, valeatque testamentum peste laborantis, licet testes eum non videant, sed tantum audiant: contra *l. si non speciali. 9. C. de testam.* Hæc solennitas simul coram testatore conueniendi, & coram eo testamentum obsignandi, tantum hoc casu remittitur testibus, quod apertissimè indicant hæc verba legis, testes hujusmodi morbo oppresso (scilicet testatori) eo tempore jungi atque sociari est remissum: non etiam legitimi numeri eorum obseruatio sublata est. Ita h. l. interpretatur *Castrens. ibid. & Cujat. lib. 16. obs. c. 10.* Facit etiam plurimum pro confirmatione hujus sententiæ. *l. conficiuntur 8. §. 1. ff. de jure codic.* vbi dicitur, quod licet casu vel de necessitate non potest inueniri copia testium, tamen non valet testamentum sine legitimo numero eorum.

In contrariam DD. ita argumentantur. Propter necessitatem remittuntur solennitates legales,& receditur à regulis juris communis. *l. de ætate. ff. ad SC. Trebel.* Item sicut testamentum à milite coram duobus testibus factum valet, ita & à testatore peste oppresso valebit, quia tempus belli & pestis æquiparantur, cum tempore pestis censeatur esse bellum inter Deum & homines. Ad prius respondetur. Necessitas superueniens testatori, tantum eum excusat ab interpositione actus extranei, vt scilicet possit interrumpere actum testandi, vel propter sumtionem cibi vel medicamenti, vel depositionem necessarii operis naturæ: tunc nihilominus valebit testamentum, licet alias vitietur actu extraneo interueniente, *l. cum antiquitas. 28. C. de testa.* Verum nusquam traditur propter necessitatem pestis licere in testamento omittere solennem numerum testium. Secundò non obstat, quod valeat testamentum à milite conditum coram duobus testibus. *l. 1. ff. de bon. poss. ex test. mil. l. vlt. ff. de milit. test.* Hoc enim singulari priuilegium tantum tributum est militibus, non autem laborantibus morbo contagioso, at verò jura singularia non debent extendi & ad consequentias produci. *l. quod verò. 14. ff. de legib.* Vide *Fachin. lib. 5. contro. jur. cap. 92.* qui planè huic nostræ sententiæ & assertioni suffragatur & subscribit, quod scilicet testamentum tempore pestis conditum coram quinque testibus non valeat. Moribus tamen testamentum tempore pestis conditum, valet, si vltima voluntas testatoris peste decumbentis probetur per duos testes fide dignos. Quod iudicatis Cameræ imperialis obseruatur, vti notat *Gail lib. 2. Obser. c. 118. in fine.* cum pluribus ibi allagatis.

ASSERTIO XIII.

Nemo potest hæredi suo testamenti factionem adimere.

DECISIO hæc euidenter & clarè confirmatur ex *toto tit. ff. & C. Si qu. aliq. test. prohib.* vbi statuitur sub pœnâ confiscationis hæreditatis, ne quis aliquem prohibeat testamentum facere, aut testamentum factum mutare. Facit ad hujus assertionis comprobationem *l. 1. C. de SS. Eccl.* vbi traditur, nihil esse quod magis hominibus debeatur, quam vt supremæ voluntatis liber sit stylus,& licitum quod iterum non redit arbitrium.

Verum in hac proposita decisione duo occurrunt juris loca valdè discrepantia. Nam primum in *l. cum pater. 77. §. mando. ff. de legat. 2.* traditur, quod si pater in testamento suo ita disposuit: Mando filiæ meæ, vt quoad liberos tollat, testamentum non faciat, quod hac formula non censeatur fidei-

commissum

commissum relictum, eò quod pater non de sua pecunia testari, sed juri communi derogare voluit, testamenti factionem filiæ prohibendo. Contrarium statuitur in *l. qui filium. 74. in princ. ff. Ad SC. Trebel.* vbi cum pater ita testamento disposuisset, Mando tibi filia mea, ne facias testamentum, priusquam liberos habeas, Imp. pronunciauit fideicommissum ex hac scriptura deberi, vt sic accipiatur perinde ac si rogasset filiam suam, vt hæreditatem fratri suo restitueret.

Pacius cent. 6. conciliat. quæst. 17. hanc antinomiam ita dissoluit, quod si ea verba scripta sint in testamento, inducant fideicommissum, ac si tunc videatur pater id fideicommittendi gratia adscripsisse, sicut factum est in *d. l. qui filium.* Si verò testator hanc formulam extra testamentum adscripsit, non videtur fideicommissum inducere.

Mihi magis placet communis DD. responsio, qui hoc modo distinguunt. Aut testator simpliciter grauauit filium hæredem suum, ne faciat testamentum: & tunc quia directò non valet hæc dispositio, quia aufert alteri liberam testamenti factionem, valet in vim fideicommissi, vt scilicet hæres censeatur grauatus de restituenda hæreditate, proximis hæredibus venientibus ab intestato, vt accidit in *d. l. qui filium.* Aut verò testator non mandauit simpliciter filio suo, ne testamentum ordinaret, sed tantum in modum consilii præcepit, quo casu nō censetur per fideicommissum hæreditas relicta proximis hæredibus ab intestato, sicut fecit testator in *d. l. cum pater. §. mando. de leg. 2.* Vbi pater in modum consilii hanc formulam protulit. Volo filia ne facias testamentum priusquam liberos suscipias, adhibita ratione suasionis, vt ita possis sine periculo viuere. Quæ verba quia prolata sunt in formam & modum consilii, nullum juris effectum, neque fideicommissum inducunt. Ita tradit *Gomez. in var. resolut. tomo. 1. c. 4. n. 6.*

ASSERTIO XIV.

Testator prohibere potest jus accrescendi.

HÆc propositio euidenter comprobatur in *l. 9. §. si duo. ff. de hered. inst.* vbi deciditur, testatorem non posse ita hæredes instituere, vt vnus succedat in besse fundi Corneliani, alter ex triente ejusdem fundi, nisi testatoris voluntas euidentissimè refragetur. Vnde sequitur, quando hoc aperte voluit testator, tunc posse eum in certis bonis testato decedere, & sic prohibere, ne reliqua bona accrescant hæredi instituto. Dissentit *Fachin. libro quarto contro. c. 15. in fi.* vbi notat quod dicitur in *d. §. duo*, quando duo sunt heredes scripti, vnus in triente fundi Corneliani, alter in besse, detracta

fundi mentione, quasi sine partibus heredes scriptos, hereditate potituros, nisi voluntas testatoris refragetur, hunc esse horum verborum sensum, nempe potituros hereditate, quasi sine partibus, & sic æquis partibus scripti essent heredes, nisi voluntas testatoris manifestè refragetur, id est, Si manifesta voluntas designata fuerit, erunt quidem heredes, sed non æquis partibus, perinde ac si sine partibus scripti heredes essent, sed ex partibus inæqualibus, vnus ex triente, alter ex besse hereditatis, detracta fundi mentione. Eadem sententia abundè confirmatur per *l. peto. 69. ff. de leg. 2.* vbi traditur, quod valeat institutio in certis rebus, seu bonis: si testator voluit reliqua bona peruenire ad legitimos hæredes succedentes ab intestato. Vt puta si testator cum instituisset Titium ex asse, postea subjecit. Peto Luci Titi, ut pro hæreditate quam tibi dedi, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis centum aureis. Denique hæc decisio apertè stabilitur per *l. dominus. 57. ff. de vsufruct.* vbi statuitur si testator reliquit vsumfructum prædiorum pluribus libertis ad alimenta, quod vno ex iis decedente pars deficientis non accrescat collegatario, sed ad dominum proprietatis reuertatur. Igitur testator aliquando potest jus accrescendi prohibere.

Objicitur decisioni *§. hæreditas. Inst. de hæred. inst.* vbi traditur, quod si testator instituat hæredem ex semisse, quod totus as in semisse erit, hac adjectâ ratione, quia nemo potest ex parte bonorum testatus, ex parte intestatus decedere. *l. 7. ff. de R. I.* Resp. Hoc tunc demum procedit, quando testator simpliciter hæredem instituit ex parte, vel certis partibus hæreditatis, aut certis rebus hæreditariis, puta ex domo vel fundo, tunc enim tacitè cæteræ partes hæredi instituto accrescunt. *l. 1. §. si ex fundo. l. si ita quis. 74. ff. de hæred. instit. l. cohæredi. 41. §. vlt. ff. de vulg. & pupil.* Si verò testator ideò pro parte certa hæredes instituit, quia cætera bona voluit ad legitimos hæredes ab intestato peruenire, tunc potest pro parte bonorum testatus & pro parte intestatus mori, & per consequens prohibere, ne reliqua bona hæredi instituto accrescant. *argum. d. l. peto. 69. in princ. l. si quis ita. 82. ff. de hæred. instit.*

Secundò aduersatur regula juris tradita in *l. Nemo. 53. de leg. 1.* quod nemo in testamento potest cauere, ne leges in suo testamento locum habeant. Resp. Quædam sunt, quæ dependent ab expressa vel tacita testatoris voluntate, & in his potest testator facere quod vult, exprimendo suam voluntatem, sicut accidit in jure accrescendi. *d. l. 9. §. si duo. ff. de hæred. inst.* Quædam sunt, quæ non dependent ex voluntate defuncti, vt sunt solennitates testamentorum, & in his nemo facere potest, quod leges non habeant locum in suo testamento. Ita distinguit *Bart. in d. l. quoties. 9. §. si duo.* vbi approbat & confirmat hanc sententiam, quod testator potest prohibere jus accrescendi.

Sequitur

Sequitur *Gomez. tomo. 1. Var. resolut. cap. de jure accrescendi. num.* 20. Dissentiunt *Viglius ad §. hereditas. Inst. de testa. ordin. & Gothofr. ad l. jus nostrum 7. ff. de* R. I.

ASSERTIO XV.

Conditio testium in testamentis spectatur tempore conditi aut signati testamenti.

CONDITIO testium qui testamentis adhibentur, inspici debet tempore testamenti, non tempore mortis. tex. est in *l. ad testium 22. §. 1. ff. Qui test. fac. poss. l. 1. C. de testa.* Si ergo testis tempore testamenti idoneus fuit, non refert, si postea fiat inidoneus. Ratio est, quia jus testamenti & testium spectatur ex eo tempore, quo testamentum conscribitur & signatur. Regula enim juris dictat, quod ea quæ ab initio vtiliter constituta sunt, propter aduentitium aliquod vitium non infirmantur. *l. in ambiguis.* 85. §. *non est nouum. ff. de* R. *I.*

Objicitur huic sententiæ, quod duobus temporibus requiritur, vt testis testamentarius sit idoneus, scilicet tempore conditi testamenti, deinde eo tempore, cum tabulæ testamenti aperiuntur & publicantur, & testes in judicio testimonii dicendi causâ producuntur. *l 3. §. duæ. ff. de Carb. edict. l.* 4. *ff. Testa. quem. aper.* Resp. Etsi testis sit in habilis eo tempore quo producitur apud Prætorem, siue quo tempore tabulæ testamenti aperiuntur, tamen propterea non corruit testamentum. Nam communiter à DD. receptum est, posse etiam testamentum per duos testes probari, si fortè vel cæteri testes mortui sint, vel instrumentum testamenti deperditum fuerit. per *l. 2. C. Quemadm. testa. aper. arg. l. 2. C de bo. pos. sec. tab. Hotom. ad d. l. ad testium §. 1.* Pulcrè *Vigl. ad §. sed cum aliquis. Inst. de testa. ord. & Conna. lib. 9. comment. c. 3.* Notant DD. in *l. 2. C. de bo. poss. sec. tab.* per tex. *ibidem.* vbi tradunt amissis tabulis testamẽti, per duos testes testamentarios vltimam defuncti voluntatem plenè probari posse. Ergò si amisso testamento potest probari vltima voluntas per duos testes, etiam vno teste mortuo, vel illegitimo facto, vel pluribus, subsistet nihilominus testamentum: quia per aliorum testium subscriptiones & sigilla, vltima defuncti voluntas comprobabitur. Denique ad quem vsum sit testamentum in scriptura, si per eam vltima voluntas defuncti probari nequit? Vel quid differt testamentum scriptum à nuncupatiuo, si & illud à testium voce æqualiter pendet? Idem latè confirmat *Sichard. ad l. 1. C. de testam.*

ASSERTIO XVI.

Non tantum annulo, ſed etiam alio quouis ſigillo characterem habente, teſtamentum ſignari poteſt.

QVÆRITVR an teſtes annulo tantum, an verò alio ſigno vice annuli teſtamentum ſignare poſſint. Et quidem vulgaris lectio in *l. ad teſtium 22. §. ſignum. ff. Qui teſta fac. poſ.* habet, quod annulo tantum quis ſignare poſſit teſtamentum; dum temen habeat χαρακτῆρα i. ſculpturam vel imaginem aliquam. Quod & hac ratione comprobari videtur, quod ſi alia ſigna fortuita in teſtamentis admittantur, tunc veteris juris ſolennitas in teſtamentis introducta valdè labefactabitur. Verum rectius *Baro & Hotomannus in d. §. ſignum*, addunt negatiuam: legentes. Et magis eſt, vt non tantum annulo quis ſignare poſſit, adſtruentes quouis ſigno poſſe ſignari teſtamentum. Quam lectionem ſententia d. §. ſignum, omninò exigit, Nam illa verba, dum tamen habeat χαρακτῆρα ſubjiciuntur loco exceptionis à præcedenti generali oratione. Oportet itaque precedere hanc generalem orationem, licere non tantum annulo, ſed quouis impreſſo ſigno ſignare, dum tamen habeat characterem, id eſt, inſculptam ſigilli imaginem. Confirmat quoque hoc ratio à ICto Vlpiano in *d. §. ſignum* adiecta, dum inquit, Variæ enim homines ſignant. Alioqui in oratione excluſiuâ,quâ diceretur,licere tantum annulo ſignare, ita ſcribendum fuiſſet, ſed magis eſt, vt tantum annulo quis ſignare poſſit, & quidem eo qui habet characterem. Eaque ſententia, quod non tantum annulo, ſed & quouis alio ſigillo poſſit ſignari teſtamentum, vſu & conſuetudine ſeruatur: teſte *Accurſio & Bartolo in d.l. ad teſtium §. ſignum.* Quos ſequuntur *Conna. lib. 6. comment. cap. 2. & Donel. lib. 6. comment. cap. 8.* Diſſentit *Viglius ad §. poſſunt autem. Inſt. de teſt. ordin.* qui vult annulo tantum poſſe ſignari tabulas teſtamenti, eò quod teſtamentum ſit res maximi momenti, continens diſpoſitionem de omnibus bonis defuncti. Hæc verò noſtra ſententia quod quouis ſigno vel ſigillo teſtamentum à teſtibus poſſit ſubſignari, conſtitutione imperij eſt comprobata. *van Notarien. ſub rubr. van teſtamenten verſ. Nvv die form eines teſtaments.*

ASSER-

ASSERTIO XVII.

Filiusfam. ne quidem consentiente patre testamentum facere potest.

QVI alieno juri subjecti sunt, vt filiifam. testamentum facere prohibentur. *l. 6. ff. Qui test. fac. poss. Instit. Quib. non est permiss. fac. test. in prin.* Quod adeò verum est, vt ne quidem consentiente patre testamentum facere possit. *d. l. 6.* Ratio est, quia testamenti factio juris publici est, hoc est testamenti faciendi facultas tribuitur jure publico & legibus, non priuatorum hominum voluntate *l. 3. ff. Qui test. fac. poss.* Atqui jus publicum exigit, vt paterfamil. sit, qui de bonis suis testari volet. Iuri autem publico priuatorum pactis derogari non potest. *l. jus publicum 38. ff. de pact.* Proinde nec filiifam. legata aut fideicommissa codicillis relinquere possunt, quia hæc omnia pendent ex factione testamenti. *l. 2. ff de legat. 1.*

Sed opponitur huic decisioni, quod filiusfam. in causis publicis habetur loco patrisfam. *l. filiusfam. 9. ff. de his qui sui vel alien. jur.* sunt. At testamenti factio est juris publici. *l. 3. ff. Qui testa. fac. poss.* Vnde & filiofam. permitti debet testamentum de bonis suis condere. Resp. Lex XII. tab. expressè requirit, vt paterfamil. sit, qui de re sua pecuniaue testari volet. Sic enim habent verba legis. XII. tab. Paterfam. vti super pecunia, tutelave sua legassit, ita jus esto. Deindè quod dicitur in causis publicis filiumfam. haberi pro patrefam. hoc intelligendū est de officiis & muneribus publicis, vt videlicet filiusfam. nō minus quā paterfam. tutor esse, item magistratū gerere possit.

Secundò objicitur. Filiusfam. potest consentiente patre mortis causa donare *l. tam is. 25. §. 1. ff. de mort. caus. donat.* Ergò & testamentum facere potest permittente patre, quia mortis causa donatio est vltimæ voluntatis species. *§. 1. Inst. de donat.* Resp. Longè dissimilis causa est inter donationes causâ mortis, & testamenta. Nam donatio est juris priuati, testamenti verò factio juris publici. Atqui quæ priuati juris sunt, priuatorum pacta admittunt, secus verò ea quæ ad publicam vtilitatem sunt constituta. *l. 3. ff. Qui testam. fac. poss.* In publicis enim causis nihil potest conuentio priuatorum. *l. jus publicum ff. de pact.* In castrensibus tamen & quasi castrensibus bonis permittitur filiofam. testamentum facere etiam inuito patre. *Inst. Quib. non est permiss. fac. test. in princ.* Ratio est, quia in hisce bonis filius habetur pro patrefam. *l. 2. ff. Ad SC. Maced.* Ideóque etiam filiusfam. Doctor, Iuris Medicus, Aduocatus, Magister artium, Notarius, possunt testari de bonis ratione officii vel professionis suæ acquisitis, quia hæc omnia computantur

in quasi

in quasi castrensi peculio. *l. vlt. C. de inoff. test. l. fori. & l. aduocati. C. de advoc. diuers. judic.* De profectitiis igitur & aduentitiis bonis filiisfam. testamentum facere non licet, ne quidem consentiente patre.

ASSERTIO XVIII.

Hæredis appellatio non solum ad proximum hæredem, sed & ad vlteriores refertur.

TRADITVR pro regulâ juris, quod hæredis nomine non solum primus hæres, sed etiam vlteriores, hæredisque hæres significatur, & cæteri deinceps longa serie succedentes. Vnde & hæredis hæres, primi testatoris hæres esse dicitur. *l. hæredis. 65. & l. sciendum 70. l. hæredis 170. ff. de V. S. l. qui per successionem 197. de R. I. l. vlt. C. de hæred. inst.* Exemplum est in *l. in annalibus. 22. C. de lega.* vbi rescriptum est, quod legatum annuum alicui & hæredibus ejus relictum, ejus quoque hæredibus in infinitum relictum censetur. Hinc & illud decisum est, si alicui in testamento conditio imposita est, vt hæredi daret, hæc etiam conditio in hærede hæredis adimpletur, *l. cum ita datur. 94. §. 1. ff. de condit. & demonstr.* Huc facit *c. 1. de homicid. in 6.* vbi ab Innocentio quarto Pont. sancitum est, quod Pontifex Romanus licet indignus & immeritus sit, hoc est, licet infinitis passibus à doctrina & moribus Apostoli Petri turpiter defecerit, nihilominus successor ejus dicatur, quamuis maximo numero alii medii intercesserint.

Opponitur primò *l. qui liberis. 8. §. vlt. ff. de vulg. subst.* vbi cum testator filio suo ita substituisset, *Quisquis mihi hæres erit, idem impuberi filio hæres esto,* de primo hærede tantum intellexisse videtur, neque hæredis hæres admittitur. Resp. Cessat hæc regula in substitutione pupillari. Ratio est, quia illi demum hæredes per hanc substitutionem vocati censentur, qui certi sunt, & quos affectione aliqua testator prosequitur, at ergà hæredem hæredis vt ignorum nulla versatur testatoris affectio. Vnde nec talis persona à patre filio substituta censetur.

Secundò aduersatur *l. antiquitas. 14. C. de vsufruct.* vbi deciditur, quod si testator Titio, ejusque hæredibus vsumfructum legauerit, primo tantum hæredi, non verò vlterioribus hæredibus vsumfructum reliquisse censetur. Resp. Dispositio hujus regulæ non procedit in legato vsusfructus hæredibus relicto, hoc enim legatum ad primum tantum hæredem pertinet, ne proprietas pertuò inutilis reddatur, sublata omni spe consolidationis.

Tertiò objicitur *l. sciendum 70. de V. S. & §. illud. Nou. 78.* Vt de cætero liberti. &c. vbi traditur, quod ingrati accusatio, qua permittitur patrono & ejus

ejus hæredibus libertum vt ingratum accusare, & in seruitutem reuocare tantum conceditur proximo hæredi filio, non etiamsi hæredi hæres extiterit. Resp. Hoc specialiter receptum est, quod ingrati liberti accusatio vltra primos hæredes patroni non extenditur. Idque ea ratione accidit, quia ingrati accusatio odiosa est, quæ libertum sub pristinum seruitutis jugum reuocat, ideoque vltra primos hæredes patroni non porrigitur. *l. 1. 7. & vlt. C. de reuoc. donat. l. penult. C. de libert. & eo. liber.*

ASSERTIO XIX.

Institutis iis hæredibus qui jure ciuili institui non possunt, hæreditas non ad fiscum defertur, sed ad hæredes ab intestato pertinet.

HÆREDES illi tantum institui possunt, cum quibus est testamenti factio, hoc est, qui ex testamento vel ipsi capere, vel alij acquirere hæreditatem possunt. *l. si alienum 49. § 1. ff. de hæred. inst. §. testamenti. Inst. de hæred. qual. & diff. § legari Inst. de legat.* Testamenti autem factio est solum cum ciuibus Romanis. *l. 1. ff. Ad l. Falc.* Hinc deportati, & in opus publicum perpetuò dati, vt sunt qui moribus nostris damnantur ad triremes, quia damnatione ciuitatem amittunt, fiuntque ἀπόλιδες. i: sine ciuitate. *l. 2. §. 1. l. sunt quidam 17. ff. de pœn.* nec hæredes institui possunt tanquam peregrini. *l. 1. C. de hæred. inst.* Sed quæritur, si tales qui hæreditatem jure ciuili ex testamento capere non possunt, instituti sint, an tunc hæreditas perueniat ad hæredes ab intestato, an vero ad fiscum. Et verior est sententia, ad proximos hæredes ab intestato hæreditatem incapacibus personis relictam pertinere, non verò ad fiscum. Quod probatur per *d. l. 1. C. de hæred. inst.* vbi traditur, quod si deportati scripti sint hæredes, quod tanquam peregrini hæredes esse non possint, sed hæreditatem in ea causa esse, in qua esset, si scripti hæredes non essent. At si scripti hæredes non fuissent testamento, tunc hæreditas perueniret ad proximos hæredes ab intestato, nec prius admitteretur fiscus, qu m isti omnes exclusi essent. *l. in plurium. 70. ff. de acqui. hæred. l. 1. ff. Si tab. testam. nul. ext. l. 1. in princ. & §. qui semel. ff. de success. edict.* Ideoque & deportatis hæredibus institutis, hæreditas ad proximos hæredes ab intestato, non ad fiscum pertinebit. Idem disertè traditur in *l. 3. ff. De his quæ pro non script.* vbi generaliter traditur, si quid relictum sit in metallum damnatis, vel aliis incapacibus, pro non scripto haberi, nec ad fiscum pertinere. Et hanc esse veram & communem DD. opinione testatur *Iul. Clarus in recept, sentent.*

sentent. § *testamentum*, *quaest.* 22. quod scilicet, deportato instituto hereditas non applicetur fisco, sed pertineat ad heredes ab intestato, perinde ac si deportatus institutus non fuisset.

Opponitur huic assertioni *l. cum quidam* 12. *ff. de his quae vt indig.* vbi dicitur, quod cum quidam scripsisset haeredes quos instituere non poterat, quamuis institutio non valeat, haeredibus tamen vt indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, auferri haereditatem à Senatu & fisco applicari. Resp. Non dicitur in illa lege, quod quidam scripserat haeredes, qui omnino institui non poterant, sed quos ipse scilicet testator instituere non poterat, vt intelligamus agi de haeredibus, qui conditione quidem sua institui poterant, verum iis quos testator ob priuatas causas instituere non poterat, qualis est, qui instituit mulierem quam adulterio cognouerat. Hoc casu & similibus haereditas vt indigno aufertur, & fisco vindicatur. *l. Claudius. & l. mulierem. ff. De his quib. vt indig.*

Secundo objicitur *l. si deportati.* 7. *in princ. de leg.* 3. vbi dicitur, si deportati seruo aliquid relictum sit, id ad fiscum pertinere. Resp. Id quod deportati seruo relictum est, pertinet ad fiscum. Cum enim omnia quae deportatus post deportationem & publicationem bonorum acquirit, pertineant ad fiscum *l.* 2. *C. de bon. proscript.* hinc fit, vt quod seruo quem deportatus post deportationem acquisiuit, relictum est, perinde censetur, ac si ipsi fisco relictum esset, cum fiscus sit verè dominus ipsius serui. Vnde & legatum seruo deportati relictum, fisco acquiritur, tanquam vero domino serui, vt res solent per seruos dominis acquiri. Verum quod ipsi deportato relictum est, hoc non pertinet ad fiscum, sed ad haeredes ab intestato, quasi pro non scripto sit, quod relictum est. *d. l.* 3. *ff. De his quae pro non script. hab.*

ASSERTIO XX.

Institutio haeredis facta sub turpi demonstratione, vitiat institutionem.

TVRPIS demonstratio haeredis vitiat institutionem, vt puta si haeres institutus non appellatus sit suo nomine, sed turpi aliqua demonstratione, qualis contumeliae causa adjici solet. tex. in *l. quoties.* 9. §. *si quis nomen. ff. de hered. inst.* Similiter & legata sub turpi conditione relicta sunt inutilia, *l. turpia.* 54. *de legat.* 1. vbi ita respondit IC. Pomponius, quod turpia legata, quae denotandi magis legatarij gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur. Exempli gratia, ille qui nuper in hac ciuitate fustibus caesus est, ille quem fama est, latrocinium his diebus commissum perpetrasse, ille qui nominatur

natur in hac urbe ſcurra, morio, hæres mihi eſto, vel tale legatum capiat. Hæc inſtitutio hæredis, hoc legatum jure improbatur, etiamſi conſtet, quis ille ſit, qui fuſtibus cæſus eſt, quis item ille, de quo ſit ſuperior fama & opinio. *d. l. turpia.* vbi additur ratio, quod odio ſcribentis, legata turpia, quæ denotandi magis legatarii gratia ſcribuntur pro non ſcriptis habentur.

Sed opponitur huic deciſioni hæc regula juris, quod ſcienti & volenti nulla fiat injuria, vel dolus. *l. nemo videtur 145. de R. I.* vbi ſtatuitur pro regula, quo nemo videtur eos fraudare, qui ſciunt & conſentiunt. Ideóque ſi hæres hac demonſtratione inſignitus nihilominus agnoſcat hæreditatem, vel legatum, nulla poteſt videri injuria illi à teſtatore irrogari. Reſp. Ideò hoc legatum, hæc inſtitutio hæredis nulla eſt & inutilis, quia pugnat cum fine inſtitutionis & legati. Nam inſtitutionis & legati hic finis eſt, vt hæredi inſtituto & legatario honos exhibeatur. At turpi demonſtratione deſignato hærede vel legatario, inſtitutio & legatum hos dedecore & probro afficit. Non enim poſſunt ex eá demonſtratione hæreditatem vel legatum petere, niſi prius conceſſerint ſe eos ipſos eſſe, qui ſunt demonſtrati, quod illis turpe eſſet & probroſum. Pulchrè *Donel. lib. 6. com. c. 19.*

Secundò objicitur *l. his verbis 48. §. 1. ff. de hæred. inſt.* vbi dicitur, quod valet illa inſtitutio, Filius meus impiiſſimus, malè de me meritus hæres eſto. Reſp. Valet illa inſtitutio cum maledicto, dum tamen abſit contumelia. Vnde iſta inſtitutio valet, Filius de me malè meritus, hæres eſto, quia pater videtur maledictum dicere magis admonendi & objurgandi filii cauſa, quam vt illi notam quandam contumeliæ inurat. Sed ſi contumeliæ cauſa adjicitur maledictum, quod maximè & præcipuè fit in hæredibus extraneis, tunc odio ſcribentis inſtitutio pro nulla habetur. *d. l. turpia. Duar. ad tit. de hæred. inſt. c. 3.*

ASSERTIO XXI.

Quæ inſtitutio, item quod legatum ab initio non conſtitit, ex poſt facto non conualeſcit.

QVÆSTIO mouetur à IC. an ſi ab initio non ſubſiſtit inſtitutio hæredis, item legatum vel fideicommiſſum, vel propter vitium perſonæ, cui legari non poteſt, vel rei quæ legari non poſſit, ſi hoc impedimentum poſtea ſublatum ſit, redieritque in eum locum, à quo incipere poſſit legatum vel fideicommiſſum, an conualeſcat legatum, an verò non confirmetur, quia legati initium ſpectari oporteat? Exempli gratia, deportato legatum

relictum est, is postea beneficio Principis in ciuitatem rediit, quæritur an legatum illi relictum conualescat? Item res mea mihi legari non potest, deinde à me alienata, mea esse desiit, quæsitum est, an hæc rectè mihi legetur. Et hæc regula Catoniana sic decidit, Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocunque testator decessit, non valere. *l.1.ff.de reg.Cato.* Quibus verbis hæc vniuersa quæstio deciditur, vt siue alicui legari non potuit, siue res aliqua ab initio legari non potuit, ita ab initio inutile sit legatum, vt nulla mutatione personæ, aut rei postea incidente conualescat. Eaque sententia aliis duabus regulis juris confirmatur, quæ ita habent. Quæ ab initio inutilis fuit institutio, tractu temporis conualescere non potest. Item quod ab initio vitiosum est, tractu temporis conualescere non potest. *l.quod initio 29.l.quæ ab initio, penult. ff.de R.I.* Sic deportato legatum relictum non valebit, & ne quidem si viuo testatore ciuis Romanus esse cœperit, legatum conualescet. Similiter res mea mihi legari non potest, si legata sit mihi, quamuis viuo testatore sit alienata, nihilomagis legatum conualescet, quod ab initio non constitit. *l. cætera. 41. §. 1. de leg. 1.*

Sed objicitur *d.l.1.ff.de reg. Cato.* Cujus hæc sunt verba, Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum viuo testatore alienaueris, legatum tibi debetur. Resp. Hæc verba non ita accipienda sunt, ac si tibi purè legatus esset fundus proprius, vt si eum viuo testatore alienaueris, nihilominus tibi debeatur, sed ita intelligenda sunt, vt tibi fundus tuus legatus esse dicatur, sub hac conditione, si eum viuo testatore alienaueris, ac tum respondeatur hoc casu legatum deberi. Loquitur enim IC. Celsus illic de legato conditionali, atqui regula Catoniana ad legata conditionalia, & conditionales institutiones non pertinet. *l.penult.ff.de reg. Cato.* Idem confirmat breuiter & dilucidè Paulus in *l.mea.98.ff. de condit. & demonstr.* vbi respondit in hæc verba. Mea res sub conditione mihi legari potest, quia in hujusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed conditionis expletæ spectari oportet. Similiter si deportatus institutus sit sub conditione, cum capere poterit, aut alia quauis, & tempore expletæ conditionis capere poterit, rectè institutus censatur, & capax factus hæreditatem capiet. *arg. l.in tempus.62. ff.de hæred.inst.* Regula enim Catoniana tum ad conditionales institutiones, tum ad legata conditionalia non pertinet, hoc sensu, vt quamuis quid legatum sit, quod si initium spectaremus, non valeret, tamen vtile sit, si tempore existentis conditionis vtiliter relinqui potuit, vt hoc tempus euenientis conditionis potius spectemus, quam facti testamenti. *d. l.mea. 98. ff. de condit. & demonst.*

ASSER-

ASSERTIO XXII.

Milites coram testibus saltem duobus testamentum sine scriptis condere possunt.

MILITES quamuis à testandi solennibus immunes sint, eorum tamen vltimum elogium coram testibus saltem duobus exponi debet, quoties sine scriptis testantur, quo probari postea possit illorum voluntas. Neq; enim si in conuiuio aut congressibus familiaribus miles aliquem hæredem dixerit, continuò hoc pro testamento habebitur. *§. planè. Inst. de test. mil.* Solemus enim aliquando in familiari colloquio, commemorantes alicujus erga nos merita, ciuiliter & honoris gratia magis, quam ex animo dicere, nos vicissim velle, vt bona nostra post mortem ad eum redeant. Debet igitur certò constare de militis voluntate, quod seriò testari voluerit, *l. Lucius 40. ff. de test mil.* Quod aut scripto militis qualicunque, quod certum sit ab eo esse profectum, constabit, vel sine scripto idoneis testibus, coram quibus miles vltimum suum judicium protulit. Quam ad rem ex regula communi duo testes sufficiunt, duo tamen vt minimum necessarii. *l. vbi. ff. de testib.* Non autem opus est, vt miles testes solenniter conuocet, quia rogatio est actus juris ciuilis, cujus solennitatibus milites non sunt adstricti.

Sed objicitur *§. planè. instit. de test. mil. & l. Diuus. 24. ff. eodem.* vbi dicitur, vt valeat testamentum militis, requiri vt coram testibus saltem duobus ad hoc conuocatis vltimam suam voluntatem exponat, quem scilicet velit sibi esse hæredem. Resp. Quod ibi dicitur, quod conuocatis ad hoc hominibus miles testatus est, illa verba duntaxat narratiuè non dispositiuè sunt posita. Continent enim facti tantum narrationẽ, quod scilicet ita de facto euenerat, quod miles coram testibus vocaris de bonis suis disposuerat; Verba autem enunciatiua seu narratiua nihil disponunt. Ita rectè *Viglius in d. §. planè*, contra communem interpretum opinionem decidit, quod videlicet cum de militis vltima voluntate constat irritum non fiat ejus testamentum ob hoc, quod testes ad testamentum faciendum non conuocauit. Cui sententiæ adstipulantur. *VVesenbec. Stephanus Bodæus & alii.*

ASSERTIO XXIII.

Hæreditas non adita ad hæredes non transmittitur.

EXTAT variis locis hæc definitio seu regula juris, quod hæreditas non adita, aut bonorum possessio non agnita, ad hæredes non transmittatur, quæ traditur in *l. quoniam. C. de jure delib. l. vnic. §. in nouissimo. C. de caduc. toll. l. emancipata. C. Qui admit. ad bon. poss.* Cujus regulæ hæc est sententia, quod hæreditas non adita à defuncto, ne quidem ita ad hæredes transmittatur, vt possint eam adeundo consequi, jus enim adeundi hæreditatem ad hæredes non transmittitur. Mortuo itaque hærede ante aditam hæreditatem, ita hæreditas morte ejus amittitur, vt jam adeundo ab hæredibus defuncti amplius acquiri non possit.

Sed aduersatur huic decisioni hoc argumentum. Hæres succedit in omne jus defuncti. *l. hæres in omne. ff. de acqui. hæred. l. hæreditas. ff. de R. I.* Atqui jus adeundi habuit hæres defunctus, ergo illud transfert ad hæredes suos. *Resp.* Ad ea quæ personæ cohærent, hoc juris axioma non pertinet, quia quod personale est, ad hæredem non transit. *l. non solum. §. tale. ff. de liber. leg. l. quia tale. 13. ff. Solut. matr.* Atqui jus hæreditatis delatæ adeundæ est personale, quia personæ conditio locum facit huic beneficio. *l. in omnibus causis. ff. de reg. jur.* eò quod in hoc jure tribuendo, personæ hæredis, meriti, dignitatis, reuerentiæ ejus, aut similium rerum personæ cohærentium ratio habetur. Defertur enim hæreditas aut ob præcedens aliquod meritum plerumque hæredibus scriptis, aut ob conjunctionem sanguinis, proximis hæredibus ab intestato, liberis puta, parentibus, aut cognatis. *l. nec adjecit. & l. seq. ff. Pro soc.* Itaque cum beneficium delatæ hæreditatis adeundæ cohæreat personis hæredum scriptorum, aut proximorum cognatorum, ideò cum persona extinguitur, nec transit ad hæredes, *d. l. quia tale. ff. Solut. matr.*

Secundò obiicitur *l. cum antiquioribus. C. de ju. delib.* vbi sancitur, quod mortuo hærede, qui scit sibi delatam esse hæreditatem, ante aditam hæreditatem intra annum, jus deliberandi & vnà adeundi hæreditatem transmittat ad hæredes suos quoscunque, intra id tempus, quod ipsis, si viuerent, ex eo anno ad deliberandum reliquum esset. *Resp.* Hic specialis casus excipitur à generali regula, qua traditur hæreditatem non aditam non transmitti ad hæredes. Cujus specialis juris hæc est ratio, quia cum sciunt hæredes sibi delatam esse hæreditatem, neque adeunt, existimantur deliberare de hæreditate adeunda, & id jus deliberandi, atque ex eo jus adeundi, si expediat, sibi sumere, quod tumtum, & velut suum factum, non mirum si ad hæredes suos transferant.

Tertiò aduersatur *l. vnic. C. de his qui an: aper. tab.* tibi traditur, quod liberi parentum hæreditatem sibi delatam, nec aditam, quamuis juris sui ignari, ad liberos eosdemque suos hæredes transmittant. Resp. Speciali fauore liberorũ, hoc est singulariter indultum: quia enim hæreditas parentum liberis debetur naturali jure sanguinis, fit vt hæc transmissio hæreditatis parentum non aditæ facilius permittatur, vt ita nepotes ad auitam hæreditatem aui sui, filio fortè præmortuo, sine vlla temporis præscriptione perueniant.

ASSERTIO XXIV.

Iuri adeundi hæreditatem 30. annis præscribitur.

COMMVNIS & recepta est DD. sententia, quod juri adeundi hereditatem 30. annis præscribatur. Ita notant *Accurs. & communiter DD. in l. 3. ff. de acqui. hæred.* Hæc sententia probatur primò hoc argumento, quod omnia jura personalia, siue publica siue priuata, 30. annorum præscriptione tollantur. *l. omnes. & l. sicut. C. de præscript. 30. anno.* Itaque & jus adeundi hæreditatem, longissimi temporis spacio, videlicet præscriptione 30. annorum tollitur & extinguitur. Secundò eadem sententia confirmatur per *l. licet.* 8. *& ibi gloss. C. de jur. delib.* vbi dum negat tex. juri adeundi hæreditatem vel juri immiscendi se hereditati præscribi longo tempore, puta decem annis inter præsentes, viginti inter absentes, à contrario sensu colligitur juri adeundi præscribi saltem longissimo tempore, vt puta si quis per 30. annos cessauit adire hæreditatem, jam sit exclusus à jure adeundi, & præscriptione 30. annorum possit à petitione hæreditatis repelli. Tertiò facit ad hujus sententiæ comprobationem firma & efficax ratio, quia illud longissimum tempus inducit tacitam repudiationem. *l. si filius. C. de petit. hæred.* quæ est fortior & efficacior quam verbalis repudiatio. Ita notat *gloss. in l. si quis suus hæres. ff. de jur. delib. per l. 3. C. de jur. & fact. igno.*

Contra hanc communem & receptam DD. sententiam mouetur tale argumentum. Ius adeundi hæreditatem non est in bonis nostris, sed facultas tantum quædam censetur, seu potentia adeundi. *l. pretia rerum. 63. vers. sed nec hæredem. ff. Ad l. falc.* Atqui quæ nudæ & meræ facultatis sunt, nullo tempore præscribuntur. *l. viam. ff. de via publ.* Ergò & jus adeundi hæreditatem nullo quantumuis longissimo tempore præscribitur. Resp. Propositio hujus argumenti falsa est, nam jus adeundi hæreditatem non est mera facultas duntaxat, sed est jus quoddam acquirendi hæreditatem, ex quo postquam est in actum deductum, producitur & nascitur petitio hæreditas. *l. 3. C. de instit.*

de instit.& subsit. Præterea quod dicitur, impræscriptibilia esse, quæ meræ facultatis existunt, publicæ vtilitatis fauore procedit. Itaque in iis, quæ publicæ vtilitatis sunt, vt in via publica, locum habet. Nam quæ sunt priuatæ vtilitatis, præscriptione tolli possunt. *l. si quisquam. ff. de diuers. temp. præscript. l. in bello. §. si quis seruum. vers. ideoque transacto tempore ff. de capt. & postl.*

Secundò opponitur hoc argumentum. Ius adeundi hæreditatem in solo animo consistit. *l. si auia. C. de iur. delib. §. vlt. Inst. de hæred. qual. & diff.* Sed cum præscriptio sine possessione non procedat. *l.3.ff.de vsucap.* & nemo sit, qui alterius animum possideat, hinc sequitur nec juri adeundi hæreditatem præscribi. Resp. Non agitur hic propriè de præscriptione, sed extinctione juris adeundi per non vsum longissimi temporis. Nam in juribus incorporalibus, quæ propriè non possidentur, satis est argui ejus negligentiam, qui jus sibi competens exercere negligit. *l. sequitur. §. si viam. ff. de vsucap. l. corruptionem. C. de vsufructu.* Hæc sententia quod juri adeundi hæreditatem 30. annis præscribatur, communiter à DD. recepta est & approbata, ideóque ab eâ in judicando & consulendo non est recedendum. Ita attestantur *Sichard. ad l. licet. C. de jur. de liber. Gomes. Variar. resol. tom.1.c. 9. nu. 17.& 28. Suarez in thesauro recept. senten. num. 60. in litera A.* Approbat *Corras. lib. 6. Miscel. cap. 21.* Dissentiunt *Salycet. & Fulgos. ad d.l. licet.* Aliter statuit *Mins. cent.2.obs.71.* qui vult juri quidem adeundi hæreditatem 30. annis præscribi, sed juri immiscendi, quod competit suis hæredibus, nullo vnquam tempore præscribi posse. per *l. vnic. C. de his qui ante apert. tab.* & quia aditione hæreditatis opus non habent. Cui sententiæ adstipulatur *Cuiac.* vir multæ doctrinæ atque eruditionis *in parat. C. de ju. delib.* vbi inquit, Si neque à Iudice, neque à Principe datum sit tempus ad deliberandum, jus, vt opinor, adeundæ hereditatis est perpetuum. *l. 1.C.de su.& legit.* & ita notant Græci ad *l. 4. C. Qui adm. ad co. pos.* τὸ πολιτικὸν δίκαιον χρόνῳ οὐκ ἀποκλείεται. Quibus crediderim magis, quam argumentis Latinorum ductis malè vel ex *l. 8. C. de jur.delib.* vel ex aliis locis. Postremo illud singulariter notandum, quod si filij ex capite vnde liberi ob 30.annorum præscriptionem à patris hæreditate repellantur, ad eandem ex capite, Vnde legitimi vel agnati nihilominus admittentur intra alios 30. annos. Ita communiter receptum esse à DD. notat *Suarez in thesau. recept. senten. nu. 262. in litera F. per l. 1. §. sed videndum. ff. de succes. edi.* Eandem sententiam approbat & confirmat *Alcia. lib. 4. Paradox. c. 4.*

ASSER-

ASSERTIO XXV.

Filius viuo patre non est dominus bonorum paternorum.

QVOD filius viuo adhuc patre nullum habeat dominium in bonis patris, hisce argumentis liquidò satis comprobatur. Nam filius patre non consentiente manumittere non potest seruos paternos *l. si consentiente. 16. l. seruum 22. ff. de manumiss.* Adhæc filius viuo patre rem nullam paternam alienare aut oppignorare potest. *l. 4. C. Si res alie. pig. data sit. l. 3. C. de pat. pot.* Denique nec pro herede se gerere potest filius viuo patre in bonis paternis *l. neminem. 27. ff. de acq. hered.* vbi quod dicitur, neminem pro herede gerere posse, viuo eo, in cujus bonis gerendum sit, ita intelligendum est, neminen, ne filiumfam. quidem in bonis patris viuo patre se heredem gerere posse.

Sed obstat huic decisioni *l. in suis. 11. ff. de liber. & posth.* vbi traditur, quod filius quodammodò dominus est bonorum paternorum viuo adhuc patre. Resp. Dupliciter, vel quod fictione juris filiusfam. tantum dominus est bonorum paternorum κατὰ ἐλπίδα & in spe, quod scilicet mortuo patre statim necessariò filius consequetur dominium bonorum paternorum. Quicunque enim filii sunt, necessariò etiam heredes existunt in bonis paternis. Habent ergò filiifam. quasi dominium bonorum paternorum viuo patre, κατὰ πρόληψιν, id est per anticipationem, quoniam pater retinet administrationem bonorum suorum quamdiu viuit, filiusque post mortem patris non dicitur consequi nouum dominium, sed magis liberam bonorum administrationem. *d. l. in suis.* Vel secundò responderi potest, quod filius non simpliciter & absolutè est dominus bonorum paternorum, viuo adhuc patre, sed tum demum, si pater consentiat, & concedat illi plenam suorum bonorum administrationem & dispositionem. Sic rectè *Lactant. lib. 4. Inst.* scriptum reliquit, Filium minorem esse dominum, patrem majorem, ita vt sine patris arbitrio & voluntate filius nihil gerere & administrare possit in bonis paternis. Ita tradunt *Vaconius à Vacuna lib. 3. declar. c. vlt. Cujat. lib. 25. obseru. c. 14.*

ASSERTIO XXVI.

Hæredes tenentur ad defuncti bona exoluenda pro portionibus hæreditariis.

REGVLA juris est desumta ex legibus. 12. tab. quod hæredes debitoris tenentur ad æs alienum defuncti, creditoribus hæreditariis exoluendum pro portionibus hereditariis. Quæ regula relata extat in *l. 1. C. Si cert. pet. l. ea qua. 6. C. Fam. ercisc. l. 2. & vlt. C. de hæred. act. l. hæredes. 25 §. idem juris. ff. Famil. ercisc.* Ideò autem diuiditur æs alienū pro portionibus hæreditariis, quia cum hæredes teneantur, quatenus sunt hæredes, necesse est, vt pro ea parte teneantur, ex qua sunt hæredes. Quatenus enim ponitur causa, eatenus ponitur effectus. Successio est causa obligationis in hæredibus: Ergo eatenus obligantur quatenus succedunt. Adeò autem verum est obligationem ipso jure scindi inter hæredes pro partibus hæreditariis, vt pacto ipsorum hæredum effici non possit, vt vnus ipsorum teneatur creditoribus hæreditariis in solidum *l. pacto. 26. C. de pact.*

Sed contra hanc assertionem pugnat *l. 2. C. de hæred. act. & l. 2. C. Si vnus ex plurib. hered. credit.* vbi traditur, si heredes debitoris possideant res pignori obligatas à defuncto, tunc non conueniuntur singuli hæredes, qui possident res pignoratas pro hæreditariis portionibus, quas habent in pignore, sed in solidum, quoad totum debitum exoluant, vel pignore quod detinent, in totum cedant. Resp. Decisio prædicta procedit in actionibus personalibus, non verò in hypothecaria actione; nam eâ actione conuenti hæredes debitoris, si possideant rem pignori obligatam, singuli in solidum pro debito conueniri poterunt. Ratio duplex est: prima, quia hypotheca seu pignus obligatur in solidum, vt tam diu teneatur vinculo obligationis, donec omnis pecunia soluta fuerit *l. si rem. §. omnis ff. de pig. act.* Altera ratio est, quia actio hypothecaria sequitur rem pignoratam, & contra ejus possessorem competit. Itaque cum hæredes debitoris actione hypothecaria conueniuntur à creditoribus, alio coherede facto paupere, coheredes pro parte ejus tenentur; Quod non eodem modo obtinet in actionibus in personam, in quibus vno ex hæredibus facto paupere, alius pro ejus parte conueniri non potest. *l. legatorum 33. de leg. 2. Costal ad l. hæredes. 25. ff. Famil. ercisc.*

Secundò in contrarium adfertur *l. si possessor 55. ff. de rei vend.* vbi statuitur, si vnus ex pluribus heredibus possessoris totum fundum possedit, quod in solidum condemnari debeat. Resp. Præscripta assertio obtinet tantum in personalibus actionibus, non verò in actione in rem seu rei vendicatione, nam

nam ibi vnusquisque hæres qui possidet rem petitam, in solidum tenetur, damnaturque in solidum, non pro hæreditaria portione. Ratio est, quia actionem in rem parit possessio aduersarii. *d.l. si possessor. 55. ff. de R. V. l. 1. C. de alie. jud. mut. caus.*

Tertiò aduersatur *l. 2. §. ex iis l. in executione. 85. ff. de V. O.* vbi proponitur, quod hæredes debitoris qui promisit iter dari, vel opus fieri, singuli teneantur in solidum. Regula supra scripta non obtinet, si conueniantur cohæredes de re indiuiduâ, puta ex stipulatione iter dari, vel opus fieri, tunc enim singuli hæredes tenentur, damnanturque plerumque in solidum.

ASSERTIO XXVII.

Codicilli nullam solennitatem ordinationis desiderant.

CODICILLI sunt voluntatis supremæ imperfecta testatio, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Differunt hac notâ codicilli à testamentis, quod testamentum sit plena & perfecta dispositio de omnibus bonis defuncti, codicilli verò sunt imperfectum testamentum. Hinc testamento tantum rectè hæres instituitur, at codicillis hæres institui non potest. *§. codicillis. Inst. de codicil.* Codicilli etiam sunt imperfectum testamentum, quoad solennia, quia non peraguntur codicilli certis solennibus, sicut testamenta. *§. sed cum paulatim. Inst. de testam. ord. l. hac consultissima. in princ. C. eod.* Hinc scriptum est, in *§. vlt. Inst. de codicil.* quod codicilli nullam solennitatem ordinationis desiderant.

Sed objicitur prædictis, quod codicillis etiam hæreditas relinqui potest, per fideicommissum. *l. 2. C. de codicil.* Resp. Ex hoc apparet totam hæreditatem codicillis vtiliter relinqui non posse, quoniam semper quarta Trebellianica apud hæredem remanere debet, qui hæreditatem restituit, illudque interest vtrum hæreditas relinquatur testamento, an petatur ex codicillis per fideicommissum. *l. 2. in fin. ff. de jur. codicil. l. cohæredi. §. cum filiæ. ff. de vulgar. & pupil. subst.*

Secundò grauiter aduersatur *l. vlt. C. de codicil.* vbi statuitur, quod ad hoc vt valeant codicilli, requiratur vt adhibeantur quinque testes, item si fiant in scriptis, tunc subnotationem seu subscriptionem testium exigant. Ex quibus ostenditur, codicillos non omninò esse sine solennitate ordinationis, & sic hoc non conuenit cum eo, quod scriptum est in *§. vlt. Inst. de codicil.* codicillos nullam ordinationis solennitatem desiderare. Resp. Quod dicitur codicillos nullam ordinationis solennitatem desiderare, hoc referendum est ad jus vetus Institutionibus comprehensum. At jure nouo per constitu-

tionem Theodosii, quæ longo post interuallo introducta est, hoc statutum est, vt in codicillis exigantur quinque testes, & præterea eorum subnotatio requiratur, si fiant codicilli in scriptis. Præterea illi etiam in codicillis testes esse possunt, qui in solennibus & justis testamentis testes esse vetantur. Hinc mulier ad testamentum testis adhiberi nequit, in codicillis verò testis esse potest, *l. qui testamento. 20. §. mulier ff. Qui test. fac. poss.* Denique in testamento non nisi testes rogati interuenire possunt, at in codicillis testes rogati an fortuitò intersint, nihil interest *d. l. vlt. C. de codicil.* Pulchrè *Donel. lib. 7. com. c. 19.*

ASSERTIO XXVIII.

Rei legatæ dominium acquiritur legatario statim ab aditâ hæreditate.

DOMINIVM legati post mortem testatoris acquiritur legatario, ex quo scilicet adita est hæreditas. *l. si tibi homo. 86. § cum seruus. l. seruum 44. §. 1. de leg. 1.* Non verò dominium legati acquiritur prius, nec legata citius deberi intelligantur. Ratio est, quia potest hæres relictam sibi hæreditatem repudiare, atque sic hæreditate non adita, irritum fiet quicquid in testamento est scriptum. *l. si nemo. 9. ff. de test. tut.*

Sed aduersatur *l. à Titio. 64. ff. de furt.* vbi statuitur legata rectâ viâ à defuncto ad legatarium transire. Vnde colligunt DD. dominium legati statim à morte testatoris transire in legatarium. Resp. Hoc illa lex non probat, sed tantum significat, seruum legatum nunquam factum hæredis, cum nec ante, nec post aditam hæreditatem illius esse potuerit, eo quod dominium legati rectà in legatarium transeat. *l. legatum 80. ff. de legat. 2.* Proindè si ante aditam hæreditatem seruus legatus rem hæreditariam surripiat, poterit hæres ob eam causam contra legatarium experiri, quia noxa caput sequitur, licet seruus, delicti perpetrati tempore non fuerit legatarii. Æquum enim est, vt quem commoda cujusque rei sequuntur, eum quoque comitentur incommoda. *l. secundum naturam. ff. de R. I.* Ita hanc controuersiam definiunt. *Anton. Guib. lib. 1. qu. jur. c. 14. Fab. lib. 6. conject. c. 1.*

ASSER-

ASSERTIO XXIX.

Legata relicta ab instituto, à substituto tacitè repetita censentur.

CAVTVM est jure & pro regula traditum, quod legata ab instituto relicta, tacitá voluntate testatoris à substituto repetita censeantur. Quæ decisio proponitur in *l. licet. 74. ff. de legat. 1. l. non justum. 4. C. ad SC. Trebel. l. si filio. 61. §. 1. de leg. 2.* Conjectura voluntatis sumitur ex his rebus. Quod testator legauit alicui, id voluit ei omninò præstari. Nihil autem causæ est, cur id velit præstari ab instituto hærede, nolit autem à substituto præstari, quia minus dilexit substitutum quam institutum, cum institutum prætulerit in hæreditate substituto. Huc facit, quod substitutus testatoris judicio eandem hæreditatem consequitur. Igitur consentaneum est, vt substitutus qui in cæteris judicium testatoris agnouit, etiam in hac re agnoscere debeat. Accedit & hæc ratio, quod testator substituendo heredi instituto, dicitur substituere in omnibus. *l. Iulianus. ff. de hered. Inst. l. cohæredi in princ. ff. de vulg. & pup.*

Sed aduersatur huic regulæ *l. sub conditione. 73. ff. de hæred. inst.* vbi traditur sub conditione hæredi instituto si substituamus, eandem conditionem non censeri repetitam in substitutione, sed purè substitutum intelligi. Resp. Alia est voluntas testatoris in legato quod ab instituto relictum est, alia in conditione institutioni adjecta. In legato ea mens est testatoris, vt omninò perueniat ad legatarium, itaque sic perueniet, si quod ab instituto legatum est, repetatur etiam à substituto. In conditione autem institutioni adjectâ, aut solum institutum onerare voluit eâ conditione testator, aut voluit soli substituto consultum, quo magis hæreditas ad eum deficiente conditione perueniret. Itaque non alium conuenit onerari conditione, quam testator voluit, multò etiam minus conditionem nocere ei, cui testator ea conditione prodesse voluit.

Secundò obstat quod Scæuola respondit in *l. quidam. 14. ff. de jur. codicil.* vbi legatum ab instituto datum, qui in viuis non erat tempore testamenti, à substituto ejus repetitum non censetur. Resp. Ea demum legata relicta ab instituto, repetita censentur à substituto, quæ ab initio constiterunt. Atqui legatum relictum ab eo hærede qui in viuis non erat tempore codicillorum, nullius est momenti; Ideoque à substituto ejus non debetur.

Tertiò repugnat assertioni *d. l. licet.* vbi dicitur, si euidens fuit voluntas testatoris in contrarium, non censeri legata ab instituto relicta, repetita à substituto. Resp. Superiori regulæ locus est in dubia & obscura voluntate testa-

toris: Cæterum vbi est manifesta voluntas testatoris in contrarium, quod scilicet testator noluit legata repetere à substituto, cessat hæc regula, Quæ voluntas ex duabus rebus colligitur: prima est, si testator eidem fideicommissario, vel legatario aliam rem reliquerit à substituto, quam ab instituto non reliquerat; tunc enim non censetur cogitasse de repetitione. *d. l. licet.* Secunda est, si fideicommissarium ipsum, cui ab instituto reliquerat legatum vel fideicommissum, ex parte substituerit hæredi instituto, quia tunc alterutro contentus esse debet, vel legato, vel substitutione. *d. l. licet.* Eleganter de hac quæstione disserit *Donel. lib. 8. com. cap. 29.*

Quartò opponitur *l. si plures. 98. de legat. 3.* cujus hæc sunt verba. Si plures gradus sint hæredum: & scriptum sit, Hæres meus dato, ad omnes gradus hic sermo pertinet, sicuti hæc verba: Quisquis mihi hæres erit. Itaque si quis velit non omnes hæredes legatorum præstatione onerare; sed aliquos ex his: nominatim damnare debet. Ex quibus postremis verbis colligitur, quod si ab instituto legatum sit relictum nominatim, non videri repetitum à substituto. Resp. Illa lex disponit de pluribus institutis qui eodem gradu sunt, quod non tenetur alter scilicet cohæres, qui non est grauatus: cum grauatus adierit. Ita respondit *Comens. in d. l. licet. col. pen. vers. ad l. si plures.*

Quinto objicitur textus in *l. pater meus 29. §. quod alicujus. ff. de leg. 2.* vbi deciditur, quod quis fidei hæredis nominatim committit, ita demum videtur dari voluisse, si ille extitisset hæres. Resp. Ille textus loquitur in cohærede, qui venit per jus accrescendi, nos vero in substituto. *Alciat. de præsumtion. reg. 2. præsumt. 35. nu. 4.*

Sextò aduersatur *l. quærebatur. 20. §. vlt. ff. de milit. testam.* vbi traditur, quod quando substitutio est directa militaris, legatum relictum ab instituto, non censetur relictum à substituto. Resp. Hoc specialiter receptum est in testamento militis. Rationem vide apud *Menoch. de præsumt. lib. 4. præsumt. 108. nu. 53. & seqq.* Aliter respondent. *Coras. in rubr. C. de impub. & aliis subst. num. 9. vers. aliam autem. Duarenus in tit. de militari testam. cap. penult.* Approbat hanc decisionem *Fachinaus libro 5. controuer. juris. cap. 39.*

ASSERTIO XXX.

Legata & fideicommissa in testamento non solenni relicta, ne quidem naturaliter debentur.

VERIOR est sententia, legata & fideicommissa in testamento minus solenni relicta, nullo jure, & ne quidem naturaliter deberi; quæ probatur hisce

tur hisce sequentibus argumentis. Primum sumitur à causa obligationis. Cessante causa cessat effectus, atqui causa cur debeantur legata, est aditio hæreditatis, *l. 3. §. vlt. & l. 4. ff. Ex qu. cauf. in poff. ea.* Cum igitur ex testamento imperfecto non adeatur hæreditas, consequens est, nec legata deberi. Pro regula enim traditum est, hærede non adeunte hæreditatem, nihil valere quod in testamento scriptum est. *l. si nemo. ff. de testam. tute. l. si nemo. 181. de R. I.* Secundum argumentum à simili depromitur. Vt enim ex stipulatione non rectè facta non oritur obligatio naturalis *l. 1. §. si quis ita. de V. O. l. 1. §. cum qui. ff. de const. pec.* ita etiam non oritur ex testamento non rectè facto. Tertium argumentum ducitur ab effectu, nam hæc legata soluta repetuntur per condictionem indebiti. *l. fideicommissum. 7. C. de condict. indeb. l. 2. §. 1. ff. eodem.* Ergo non debentur naturaliter, alioqui naturalis obligatio impediret repetitionem soluti *l. naturaliter 13. ff. de condict. indeb.*

Contrariam sententiam, quod scilicet naturaliter debeantur legata ex testamento minus solenni, tuetur Accurs. in *l. 4. C. de jur. & fact. ign.* eamque probat hoc argumento. Ex testamento solenni oritur naturalis & ciuilis obligatio: simul igitur ex testamento non solenni oritur naturalis obligatio tantum. Resp. Non valet consequentia, nam ex testamento non solenni & imperfecto nulla oritur obligatio. Nec magis valet argumentatio Accursii, quam si quis ita argueret. Ex vero testamento oritur naturalis & ciuilis obligatio simul, ergo ex falso testamento oritur naturalis obligatio tantum.

Secundò objicitur *l. 2. C. de fideicom.* vbi dicitur, fideicommissum inutiliter relictum, non repeti ab eo qui soluit, per condictionem indebiti, quia non ex sola scriptura, sed ex conscientia fideicommissi relicti videtur hæres satisfecisse voluntati testatoris: Hinc ergo apparet naturaliter deberi, quia nisi naturaliter deberetur, posset repeti. Resp. Fideicommissum in specie illius legis ideo non potest repeti, quia solutum fuit ab hærede scienter, non per errorem: Cujus autem per errorem soluti repetitio est, ejus consulto dati donatio est, *l. cujus. 53. ff. de R. I. l. 1. ff. de cond. indeb.*

Tertiò opponitur *l. in testamento 38. ff. de fideicom. libert.* vbi testator alumnæ suæ libertatem reliquit, & fideicommissa dedit in testamento imperfecto: Filii verò succedentes ab intestato manumiserunt alumnam, Imperator pronunciauit, eam rectè manumissam, & fideicommissa quoque ab intestato ei deberi. Resp. Hoc speciale est in alumna, vt ipsa verba legis ostendunt, pium enim & fauoris plenum est legatum, partim fauore libertatis, partim in gratiam alimentorum relictum, quæ piæ sunt & fauorabiles causæ.

Quartò quod legatum & fideicommissum testamento minus solenni relictum, debeatur naturaliter, videtur confirmari ex *l. vlt. ff. de rebus eo. qui sub. tut.* vbi voluntas testatoris efficax est, licet in testamento irrito & inutili

est ex-

est expressa. Resp. Ea voluntas non inducit obligationem, ideò autem sortitur effectum, quia tutor eam voluntatem secutus sponte prædia pupillaria vendiderat, ergo rectè distraxit, quia Principis oratione cauetur, vt distrahi possint secundum voluntatem patris, neque requirit oratio, vt ea voluntas sit in testamento solenni expressa, *l. 1. §. 1. ff. de reb. eo. qui sub tute.* Quocunque igitur modo de eâ voluntate constet, venditio sustinebitur. Verior itaque & probabilior est sententia, legata & fideicommissa in minus solenni vel imperfecto testamento relicta, nullo jure deberi. Attamen legata in testamento imperfecto & non solenni relicta, in foro conscientiæ & animæ, vt loquuntur, esse præstanda & implenda latè probat *Fachinaus libro quarto controuers. juris cap. 5.*

ASSERTIO XXXI.

Clausula hæc, Si non sequar juris solennitatem &c. non inducit fideicommissum.

SI testator adscripsit testamento suo, se nolle secundum nimiam & miseram vel scrupulosam diligentiam testari, sed potius animi sui rationem sequi, quam juris solennitates, & id testamentum aliquo modo propter omissas solennitates irritum fiat, quæri solet ab interpretibus, num valeat saltem jure codicillorum hæc dispositio? Et communiter à DD. receptum est, valère, teste *Ripa. ad l. 3. nu. 24. de leg. 1.* Sed contraria sententia tanquam verior sequenda est, & pro certo statuendum est, quod quoties quis testamentum facere instituit, pro codicillis hanc dispositionem non esse habendam, nisi id nominatim testator expresserit. Quod manifestè probant *l. coheredi. 41. §. quæ ita locum. ff. de vulga. & pupil. l. ex testamento. 29. C. de fideicommiss. l. 3. vers. quemadmodum. ff. de milit. test.* quæ leges vnanimi consensu statuunt, tunc demum testamentum valere codicillorum jure, quando testator adjecit clausulam codicillarem, hoc scilicet modo. Si testamentum non valet jure solennis testamenti, valeat saltem jure codicillorum. Nec refert quod testator noluit juris solennitates in testamentis ordinandis requisitas sequi. Si quidem nemo potest cauere, ne leges in suo testamento locum habeant. *l. nemo potest. 55. de leg. 1.* Quinimò & legibus testamentorum Imp. qui mundi dominus est, se obstrictum fatetur, & hereditatem se non posse ex testamento imperfecto vendicare, ipsi Impp. rescripserunt, addita hac eleganti sententia, quod nihil tam proprium sit imperii, quam legibus viuere. *l. 3. C. de testa. l. ex imperfecto. 23. de leg. 3.*

Sed objicitur huic decisioni Scæuolæ responsum in *l. Lucius. 88. §. vlt. de leg. 3.*

leg.2. vbi traditur, quod si quis ita in testamento scripsit. Si quid aliquid minus legitimè vel peritè fecero, pro iure legitimo haberi debet sani hominis voluntas, quod propter hanc clausulam adiectam, relicta fideicommissa ab intestato debeantur. Resp. Ideò sustinetur ibi ista dispositio in vim codicillorum, quia testator eos, ad quos hæreditas sua ab intestato perventura esset, rogauerat, & consequenter clausulam codicillarem testamento adjecerat. Quod enim dixit, si quid minus peritè sit factum, pro iure legitimo haberi debet sani hominis voluntas, ita intelligi debet, ut si testamentum quod testator facere destinauit, ob defectum alicuius solennitatis corruat, tunc vltima voluntas eius valeat ex causâ intestati. Nam iuris legitimi appellatione, successio quæ ab intestato defertur, designatur. *l. si aut nullum. l. lege duodecim. §. cum aliam & §. seq. l. vlt. in princ. & §. cum igitur. C. de leg. hæred. l. 2. ff. de su. & legit.*

ASSERTIO XXXII.

In legatis posterior voluntas potior est priore.

SICVT in legibus & constitutionibus Principum posteriores semper præualent prioribus. *l. vlt. ff. de const. Princ.* & quemadmodum pacta nouissima derogant prioribus. *l. pacta. 12. C. de pact.* Ita in legatis quoque pro regulâ seruatur, quod posteriores scripturæ præualeant, & potiores sint prioribus. *l. si mihi. 12. §. vlt. de legat. 1.* Idque meritò receptum est, quia qui posterius scripsit, quod priori contrarium est, à priori voluntate recessisse videtur. Licet enim testatori, quoad viuit suam extremam mutare voluntatem. *l. 4. ff. de adimend. lega.* Porrò sciendum est, quod prior & posterior scriptura dicatur duobus modis: nam aliquando scriptura prior est ordine, sed posterior est intellectu, & è contra, quæ scriptura ordine est posterior, prior est intellectu. Quoties autem illud accidit, tunc ordo intellectus potius, quam scripturæ attenditur. *d. l. 12. §. vlt. l. si ita sit adscriptum. 14. ff. de leg. 1.* Exempli gratiâ. Si ita testator scripsit in testamento. Si cui bis legauero, semel ei deberi volo, deinde postea ei in testamento adscripsit duas quantitates, vel duos fundos, vnum tantummodò legatum valet, alterum ademtum censetur. *d. l. si ita sit adscriptum. 14. de leg. 1.* Nam etsi ademtio datione fit prior, ordine scripturæ præpostero inspecto, natura tamen siue intellectu est posterior.

Sed huic prædictæ. *l. 14.* grauiter obstat *l. si quis in principio. 22. de leg. 3.* vbi dicitur, si quis in principio testamenti ita scripserit. Cui bis legauero, semel deberi volo, & postea eodem testamento, vel codicillis, sæpius eidem le-

 gauerit,

gauerit, plura esse legata, & posteriorem scripturam seruari, non priorem. Resp. Hoc ideò ibi ita statutum est, quia vt subiicitur in *d.l.si quis*, testator adiecit specialiter in testamento, se prioris voluntatis pœnituisse, & voluisse, vt legatarius plura legata acciperet. Hæc dicitur clausula derogatoria, quia derogatur priori voluntati, efficiturque vt posterior scriptura seruetur, non prior. Ratio decidendi est, quia nemo potest sibi ipsi eam legem dicere, vt à priori voluntate ei recedere non liceat, nemoque potest suam ipsius ligare voluntatem. *l quod autem.7 .§.penult. ff. de donat. int. vir. & vx. l. Diui.6. §. licet. ff. de iur. codicil.* Pulchrè *Cuiat. lib.14. Obs.c.7.*

ASSERTIO XXXIII.

Testator Trebellianicæ deductionem prohibere non potest.

NOBILIS est quæstio, an possit à testatore Trebellianica prohiberi. Et verior est, probabiliorque sententia, Trebellianicam non posse testatoris prohibitione auferri. Quæ sententia expressis textibus probatur, scilicet, per *§. sed quia stipulationes. Inst. de fideicom. hered.* vbi statuitur, siue hæres habeat quartam Trebellianicam ex voluntate testatoris, siue minus, siue penitus nihil, vt tunc, quando nihil, vel minus quarta apud eum remaneat, liceat ei quartam vel id quod quartæ deest, ex S C. Trebelliano retinere. Eadem decisio confirmatur per *l. si vt allegas. xi. C. Ad l. falc.* ubi statuitur, si pater filium hæredem instituit, & iussit eum fratribus hæreditatem restituere, certisque rebus pro Trebellianica esse contentum, quod non obstante ista dispositione testatoris, possit nihilominus integram Trebellianicam retinere.

Verum in contrarium adfertur. *Nov. de hered. & Falcid. §. si verò expreßim*, vbi statuit. Imp. prohiberi posse à testatore Falcidiam, ergo & Trebellianica prohiberi poterit. Nam Falcidia & Trebellianica æquiparantur, & paribus passibus ambulant. *l. Marcellus. §. quod autem ff. Ad S C. Trebel.* imò ad exemplum legis Falcidiæ Trebellianica detractio est inducta. *l. pater filium. ff. Ad l. Falcid. l. iubemus. C. Ad S C. Trebel.* Denique eadem videtur ratio subesse in Trebellianica, quæ est in Falcidia: scilicet vt hæredes hoc lucro & commodo allecti hæreditatem adire non recusent, & sic defuncti voluntas exitum sortiatur. Resp. Non obstantibus istis rationibus contraria sententia est verior: quandoquidem legislator non ignarus, quid commune sit Trebellianicæ cum Falcidiâ, Falcidiam prohiberi posse consti-

constituit, de Trebellianica verò nihil adjecit in *d. No. de hered. & Falcid.* Adhæc ante hanc Nouellam certum fuit Trebellianicam prohiberi non potuisse, quia nemo facere potest, quin leges in suo testamento locum habeant. *l. nemo potest. de leg. 1.* & satis id luculenter probant. *d. l. si vt allegas. C. Ad l. Falc. & d. §. sed quia hæredes.* Sed per dictam Nouellam contrarium non est constitutum, ergo manet jus antiquum incorrectum, vt à testatore nequaquam prohiberi possit detractio quartæ Trebellianicæ. Ad argumentum verò objectum, quod scilicet magna sit affinitas & similitudo Falcidiæ & Trebellianicæ, respondetur, quod licet hoc ita sit, non ideò tamen si in vno simili corrigitur jus antiquum, ideò statim in alio correctum esse censetur. Ideòque vt maximè in plurimis conueniant Falcidia & Trebellianica, tamen standum est juri antiquo, donec expressè sublatum sit, nec per vllam consequentiam, aut tacitam interpretationem licet nobis illud corrigere aut emendare. Adhæc perspicua ratio diuersitatis militat in hoc casu inter Falcidiam & Trebellianicam. Nam Trebellianicæ detractio competit hæredi grauato restituere hæreditatem per fideicommissum, quia inuitus cogi poterat à fideicommissario adire & restituere hæreditatem. *l. 4. ff. ad S C. Trebel.* Falcidiæ autem beneficium datur hæredi grauato ad legata præstanda, qui quidem inuitus cogi non poterat à legatarijs ad adeundam hæreditatem. *l. si quis omissa. 17. ff. Si qu. omiss. cau. test.* Ideòque cum hæres fideicommisso grauatus hæreditatem restituere, in eo sit deterioris conditionis, quam hæres oneratus legatis, quod scilicet cogi possit à fideicommissario ad adeundam & restituendam hæreditatem, meritò pro compensatione talis incommodi hoc lucro dignus censetur, vt Trebellianica priuari non possit à testatore, licet heres oneratus legatis Falcidia priuari possit. Hanc sententiam, quod testamento Trebellianica prohiberi non possit, defendunt & amplectuntur *Facbin. lib. 5. contro. c. 4. & 5. Vaudus lib. 2. quæst. c. 17.* Dissentiunt *communiter D D. in Auth. sed cum testator. C. Ad l. Falcidiam.* longa serie congesti ab *Antonio Gabriel. in lib. 4. conclus. tit. ad Trebellian. conclus. 1. nu. 2.* qui testatur hanc esse communem, & ita judicatum fuisse refert *Ioan. Pap. in suo Recuel. tit. de substitutionis. arrest. 19.* Declaratur hæc communis opinio, vt locum non habeat in liberis primi gradus. *l. si vt allegas. C. Ad l. falc. Guid. Pap. decis. 51; num. 1. & consil. 122.* vbi inquit in judicando & consulendo ab hac declaratione non esse recedendum. Sequitur & approbat *Andr. Gail. lib. 2. Observat. cap. 138.* Dissentit *Menoch. de præsumt. lib. 4. præsumt. 158. nu. 5.*

ASSERTIO XXXIV.

Sumtus studiorum à filio post mortem patris facti, de suis propriis bonis, non ex communi hæreditate solui debent.

PRobatvr hæc assertio per *l. si filia. §. idem scribit. ff Fam. ercisc.* vbi traditur, quod si filius post mortem patris munera aliqua suscepit, & æs alienum eo nomine contraxit, ab his oneribus cohæredes siue fratres ejus & sorores, liberi & immunes esse debent. Idem confirmatur per *Lex parte.39. §. filius. ff. eo.* vbi deciditur, quod si filius debita quædam post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hæreditaria ea reputare non potest, licet paternam hæreditatem communem possideant. Denique hæc sententia stabilitur per *l. Lucius.21. §. idem respondit. ff. ad Munic. & l.3. §. vlt. ff. de muncrib. & honorib.* vbi statuitur, quod si filius post mortem patris honores vel munera aliqua suscepit, puta si Doctoratus insignia consecutus est, vel Senator aut decurio factus est, hos sumtus in hanc dignitatem consequendam factos non de communi patrimonio, sed de propriis suis bonis sustinere debet, licet pater viuus pro altero filio hæc onera expedierit.

In contrarium facit. *d. l. si filia. §. idem scribit. ff. Fam. ercisc.* vbi statuitur, quod si pater pro filio in vita ejus incœpit aliquod munus suscipere, quod hoc post mortem patris perfici debet ex communibus bonis, ac si hoc patris æs aliennm fuerit. Secundò adducitur in contrariam partem. *l. hæres socij. 40. ff. pro soc.* vbi traditur, quod hæres socij, quamuis socius non sit, tamen debet negotia per defunctum inchoata perficere & absoluere. Resp. Eatenus tenentur hæredes negotium à patre incœptum continuare & finire, quatenus ipse pater ad hoc erat de necessitate obligatus. Sed pater non tenebatur in vita sua ad hoc, vt ad finem & consummationem vsque studiorum filio suo suppeditaret sumtus. Ergo nec hæredes patris ad hoc de jure obligati censentur, quia hæres debet ejusdem esse conditionis, cujus fuerat defunctus. *l. heredem. ff. de R.I.* Hæc solutio confirmatur euidenter per *l. etsi filium. 15. ff. de mun. & honor.* vbi traditur, quod si pater consensit in vitâ suâ filio in decurionatu consequendo, sumptusque ad hoc munus sustinendum filio suppeditauit, quamuis decurionatus sit initium ad alias dignitates. *l. honores. §. is qui. ff. de decur.* tamen hæredes & successores patris non tenentur ad onera sustinenda aliorum

aliorum munerum seu dignitatum, quæ filio post mortem patris injungentur. Accedit pro confirmatione hujus sententiæ & hæc ratio, quod æquum est eum sustinere onera & incommoda, ad quem lucra & commoda perueniunt. At verò cum emolumenta & lucra studiorum ratione quæsita, puta ex munere Docturæ vel aduocationis ipsius filij commodo cedant, neque ea fratribus suis communicare cogatur, æquum etiam est, ut ipse solus pro patrimonij sui portione sumtus studiorum sustineat. Secundò obst. *l. vnic. C. de peric. succes. paren. lib. 10.* vbi onus dignitatis quæsitæ per patrem transit ad heredes. Resp. Hocideò dispositum est, quia viuo patre filius accipit honores. Hanc sententiam, quod sumtus post mortem patris ad perficiendum studium à filio impensi, pertineant ad onus ipsius filij, non verò cohæredum, tuetur & approbant *Bart.* lucerna veritatis *ad l. 1. §. nec castrense. num. vlt. ff. de collat. Sichard. ad l. filia. C. Famil. ercisc. Sneidew. ad §. quædam actiones. num. 54. Inst. de act. Vital. in tracta. de collat. quæst. 37.* A quibus solus dissentit *Dynus ad l. Lucius. 21. §. 2. ff. ad Municip.*

ASSERTIO XXXV.

Habitationis facultas alicui donatione concessa, morte donatoris finitur.

PROBATVR hæc decisio manifestè in *l. Lucius. 32. ff. de donat.* vbi traditur, quod mortuo eo, qui gratuitam habitationem domus vel cœnaculi alicui concessit vel donauit, possint hæredes donatoris, donatarium à concessâ habitatione prohibere. Quæ decisio adeò vera est, ut etiamsi adjectum sit in donatione, vt donatarius quamdiu vellet domo vel hospitio uteretur, tamen nihilominus poterunt donatoris hæredes mortuo donatore eum prohibere: quia hæc clausula quamdiu vellet, eatenus accipienda est, quamdiu donatarius vellet viuo donatore, vel eo mortuo, quamdiu permittent hæredes donatoris.

Sed vehementer obstat dictæ *l. Lucius. l. Aquilius. 27. ff. de donat.* vbi expressè traditur, quod si donator, qui dedit alicui vel concessit gratis habitationem alicujus domus, mortuus sit, non possint hæredes ejus mortuo donatore donatarium habitatione prohibere. Resp. Illa lex loquitur & procedit in donatione remuneratoriâ, quæ largius & benignius interpretanda est, quam absoluta, mera, & simplex seu propria donatio. Itaque cum *in d. l. Aquilius*, discipulus donauit præceptori habitationem

remunerationis loco, quia eum doctrinâ suâ & eloquentiâ meliorem & doctiorem reddiderat, rectè deciditur hanc donationem transire etiam ad hæredes donatarij, neque posse hæredes donatoris prohibere, quominus donatarius quoad vixerit, donatione fruatur. Donatio inquam quam facit discipulus præceptori, non est simplex, sed remuneratoria donatio, quia doctrina nullâ mercede pecuniariâ æstimari potest, & vt inquit eleganter Plato, Deo, parentibus, & præceptoribus non potest reddi æquivalens. Quinimo Alexander Macedonum Rex dicebat se plus debere præceptori suo, quam patri, quia ab illo benè vivendi, ab hoc vivendi tantum principium & originem esset consecutus. Itaque donatio habitationis in aliquem collata, si pura propria & absoluta sit donatio, non transit ad hæredes donatoris. Donatio verò remuneratoria ad hæredes donatoris omninò transmittitur. Hæc enim remuneratio potius solutionis quam donationis loco censetur. *l. si pro patre. 10. §. si domini. ff. de in rem vers.* imò permutationis vicem hæc donatio repræsentat. *l. sed etsi lege. 25. §. consuluit. ff. de pet. hæred.* Ideòque cum à merà propriâ donatione longissimè distet, transit etiam ad hæredes donatoris. Eleganter *Cujat. lib. obs. 17. c. 33. & lib. 21. c. 37.*

ASSERTIO XXXVI.

Donatio non revocatur, etiamsi donatarius inopi donatori non præstet alimenta.

QUÆRITVR, si donator in aliquem contulerit omnia sua bona, vel maximam partem bonorum, & deinde ad paupertatem perueniat, an debeat ali à donatario, & si non alatur, an iustè reuocari possit donatio. Et quidem putat *Accurs. in l. vlt. C. de reuoc. donat.* posse ob hoc reuocari donationem. Verior tamen & juri magis est consentanea contraria sententia, quod scilicet ob denegata donatori alimenta à donatario rescindi non possit donatio. Quæ opinio primò probatur per *l. vlt. C. de reuoc. donat.* vbi sancitur ob quinque tantum causas ingratitudinis reuocari posse donationem, inter quas tamen non recensetur hæc causa denegatorum alimentorum. Deinde ex eo confirmatur hæc decisio, quod donatarius nulla obligatione adstringitur ad alendum donatorem. Obligatur quidem donatarius naturaliter ad remunerandum donatorem. *l. sed etsi. §. consuluit. ff. de petit. hæred.* sed non obligatur ad alimenta illi vel vllam rem certam præstandam, deinde obligatur illi tantum naturaliter ad remu-

ad remunerandum, ex quâ obligatione nulla nascitur actio. *l. naturales. ff. de obligat. & act.*

Pro contraria sententia, quam tuetur *Baldus in d. l. vlt. C. de reuocand. donat.* quod scilicet justa causa reuocandæ donationis sit, si donatarius non præstat donatori alimenta, adfertur *l. decurionibus. ff. de decur.* vbi traditur, decurionibus lapsis facultatibus alimenta de publico decerni permissum esse, maximè si ob munificentiam in patriam patrimonium exhauserunt. Resp. Tribuitur hoc jus tantum decurionibus, seu Senatoribus Reipub. non tàm quia bona sua donarunt patriæ, sed quia decuriones sunt, nam etsi nihil donarint patriæ, tamen illis ob inopiam à Repub. decernuntur alimenta. Adde quod non dicitur, decurionibus lapsis facultatibus alimenta decerni debere, sed permissum esse: quo verbo significatur, posse quidem ciuitatem alimenta decurionibus decernere, si velit, sed non necesse habeat, si nolit. Cui enim permittitur, vt possit aliquid facere, hic non necessariò cogitur. *l. sæpè cum l. seq. ff. de off. præs.*

Secundò opponitur hoc argumentum. Liberi debent inopes parentes alere. *l. si quis à liberis. ff. de agnosc. lib.* Sed donator omnium bonorum patris loco est donatario. Ergò hic donatori tanquam egenti alimenta præstare debet. Resp. Per donationem nemo efficitur alicui patris loco, quia pater tantum vel naturâ efficitur per nuptias, vel jure ciuili per adoptionem. Sed extraneus donator, etiam per donationem omnium bonorum non efficitur loco patris.

Tertiò hoc modo argumentantur in contrarium. Reuocatur donatio ob injuriam non leuem à donatario illatam donatori. Sed non leuis est injuria, si donatarius locuples & fruens bonis donatoris, donatorem egenum alere recuset, ideo quod ad antidora ei est obligatus. *d. l. sed etsi lege. §. consuluit. ff. de pet. hered.* Ergo & ob denegata donatori alimenta jure potest donatio reuocari. Resp. Ob atroces tantum injurias illatas donatori, enumeratas in *l. vlt. C. de reuocand. donat.* rescinditur donatio, inter quas non refertur ea, si donatarius locuples non præstet egeno donatori alimenta. Facit quidem contra officium viri boni, imò ingratus & inhumanus est donatarius, qui pauperem donatorem in præstandis alimentis operâ & auxilio non subleuat, sed tamen jure publico ad hæc præstanda non cogitur. Nam aduersus eos, qui beneficia acceperunt, nulla jure ciuili actio est prodita, ad quicquam ab ijs eo nomine exigendum, vti nec aduersus ingratos vlla est actio ingrati concessa. Pulchrè *Donel. lib. 14. com. c. 27.* Dissentit *Clarus lib. 4. recept. senten. §. donatio quæst. 2.* vbi notat communem esse DD. opinionem, quod reuocari possit donatio prætextu ingratitudinis, si donatarius donatori non præstiterit alimenta. Idque ex ea ratione, quia cum

cum negans alimenta quodammodo videtur necare; sequitur, quod hæc legitima sit causa propter quam donatio prætextu ingratitudinis possit reuocari. per *l. necare. ff. de liber. agnos.* Et ita tenuit *Gl. in d. l. vlt. C. de reuoc. dona. in verb. voluerit.*

ASSERTIO XXXVII.

Bonæ fidei possessor non tenetur ad restitutionem fructuum consumtorum, licet ex ijs factus sit locupletior.

BONÆ fidei possessor fructus consumtos in judiciis particularibus, vt in rei vendicatione restituere non cogitur, etiamsi ex iis factus est locupletior. Quæ sententia apertis textibus comprobatur, scilicet per *§. si quis à non domino. Instit. de rerum diuis. §. etsi hæreditas. Inst. de off. jud. l. 4. §. 2. ff. Fin. regund. l. quæsitum. 40. ff. de acqui. rer. dom.* Quæ leges vnanimi consensu docent, bonæ fidei possessorem lucrari fructus consumtos, pro culturâ & curâ. Stabilitur etiam hæc doctrina hac ratione, quia si bonæ fidei possessor eo casu teneretur fructus consumtos restituere, quo factus est locupletior, sequeretur istas leges, quæ affirmant eum fructus consumtos lucrari, tunc demum procedere, cum bonæ fidei possessor fructus inutiliter consumsisset, quod sanè absurdum esset, cum nemo suum præsumatur jactare. *l. cum de indebito 25. ff. de probat.* Ideòque non est verisimile, leges ad eum casum respexisse, qui rarò euenire solet.

Aduersatur huic assertioni. *l. 1. C. de pet. hæred. & l. item veniunt. 20. §. eos autem. l. sed etsi. §. consuluit. ff. eod.* In quibus deciditur bonæ fidei possessorem in petitione hæreditatis, si ex fructibus consumtis locupletior effectus sit, eorum nomine conueniri posse. Resp. Hoc singulare est in judiciis vniuersalibus, vt in petitione hæreditatis, & in actione familiæ erciscundæ, quod bonæ fidei possessor etiam fructus consumtos restituat, quatenus ex iis factus sit locupletior. *d. §. consuluit. l. non est ambiguum. 9. C. Famil. ercisc.* Ratio est duplex; Prima quia fructus percepti augent hæreditatem tanquam jus vniuersale. *l. item veniunt. 20. §. non solum. vers. fructus ff. de petit. hered.* Secunda ratio est, quia fructus petuntur iure actionis, perinde atque ipsa corpora hæreditaria. *d. vers. fructus. l. 1. & 2. C. de pet. hæred.* aliter atque in rei vendicatione, qua conuentus bonæ fidei possessor, non iure actionis, sed tantum officio iudicis fructus extantes restituere tenetur; Itaque in

que in consumptis fructibus repetendis cessat omne remedium. *l.4. §. post litem.ff. Fin.reg. Wesenb.ad d.§.si quis à domino.*

Secundò in contrarium adfertur argumentum ex æquitate. *l. si me & Titium. ff. de reb. cred.* vbi dicitur, æquum esse, quod ex re mea ad te peruenit, id mihi restitui, item ex æquitate, quæ vetat neminem cum alterius damno locupletari. Resp. Æquitas tradita *in d.l.si me & Titium.* huc non pertinet, quia illa lex docet æquum esse, vt pecunia mea, quæ ad te peruenit, mihi reddatur, hic autem agitur de fructibus, quos bonæ fidei possessor lucratur pro cultura & cura. Deinde justa causa est, cur bonæ fidei possessor lucretur fructus cum alterius jacturâ, quia loco domini penè est. *l.bonæ fidei.48.ff.de acqu.rer.dom.*

Tertiò repugnat *l. item verberatum.§.1. ff. de rei vend.* vbi dicitur possessorem præstaturum, si fructus perceptos distraxit. Resp. Illa *l.* accipienda est de possessore, qui pendente judicio fructus distraxit. Idque ea ratione confirmatur, quia si bonæ fidei possessor ante litem contestatam rem & fructus distraxisset, non posset rei vendicatione conueniri, cum nec possideat, nec dolo possidere desierit. Hanc sententiam sequuntur & approbant *Fachin.lib.1.contro. iur.c.58. Faber.lib.4.conject.cap.17.* Dissentiunt *Bart. ad l.& ex diuerso.nu.7.ff.de rei vend. Couar.lib.1.variar.resolut.c.3.*

ASSERTIO XXXVIII.

Traditionibus & usucapionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur.

Pro regula juris traditum est, quod traditionibus & vsucapionibus, non nudis pactis & contractibus dominia rerum transferantur. Quæ regula proponitur *in l.traditionibus.20. C.de pact. l. quoties.15.C.de rei vend.* Traditionibus transfertur dominium à domino ex justa causa factis, vsucapionibus, si traditiones factæ sint à non domino. Traditionibus jure gentium, vsucapionibus jure ciuili. Nudis autem pactis seu contractibus, nudaue conuentione dominium non mutatur. Exempli gratia. Etsi emtio nudo consensu perfecta est, tamen dominium non mutatur, nisi & res tradita sit, & pretium sit numeratum. *§.vendita.Inst. de rerum diuis.* Ratio hujus regulæ est, quia dominia rerum cœperunt à naturali possessione. *l.1.ff. de acqui.poss.l.1.ff.de acq.rer.dom.* Ergò ad translationem dominii opus est traditione, id est, datione possessionis.

Opponitur primò huic regulæ *l.vlt.§.penult.& vlt.C.de S S.Eccles.* vbi traditur,

ditur, quod si quid venditum, donatum vel promissum est Ecclesijs, & locis ad pauperum alimoniam destinatis, puta Xenodochiis, orphanotrophiis, & aliis similibus locis, quod statim solis pactis & contractibus sine ulla traditione transferatur in ea corpora dominium. *Resp.* Speciali & singulari iure hoc beneficium Ecclesiis & aliis piis locis concessum est, vt statim in hæc corpora transferatur dominium, si quid ex emtione, donatione vel alio contractu sibi comparauerint, licet nondum illis res sint traditæ. Vnde & pro his rebus venditis & donatis, licet non interuenerit traditio, datur Ecclesiis & Xenodochiis non solum actio in personam, sed etiam in rem. Ergò dominium transfertur in hæc pia loca sine traditione, quia nulla datur in rem actio, nisi illis qui iure ciuili aut gentium dominium acquisiuerunt. *l. in rem. 23. ff. de rei vend.* Hoc ergo speciale priuilegium conceditur *in d. l. vlt. C. de sacr. eccl.* ecclesiis & aliis piis locis, puta Xenodochiis & orphanotrophiis, quod ipso iure dominium sine traditione in eos transferatur. Quod & in eadem *l.* ad civitates extenditur, vt & in rebus per hæreditatem relictis, legatis venditis & donatis ciuitatibus, dominium in eas sine vlla traditione transferatur. *tex. in d. l. vlt. in verb. nec non iuri ciuitatum.* Ecclesia enim fiscus & ciuitates plerunque paribus passibus ambulant, & iisdem priuilegiis fruuntur. *l. Respubl. ca. C. Ex qu. cau. maio. l. Rempublicam. C. de iur. reipub. lib. x I. Gl. elegans in l. quas actiones. C. de sacr. eccl.*

Secundò opponitur, quod dominium legati transit recta via in legatarium sine vlla traditione defuncti, aut hæredis, vel possessionis apprehensione. Sicut & eodem modo acquiritur donatio causa mortis donatario, ad exemplum legati. *l. à Titio. 64. ff. de furt. l. 2. ff. de Pub. in rem act.* Item aditione hæreditatis hæres fit dominus omnium rerum hæreditariarum, licet nondum earum rerum possessionem sit nactus *l. hæres in omne. 37. ff. de acq. hæred. l. cum hæredes. 23. ff. de acq. poss.* Resp. Prædicta regula intelligenda est de actibus & contractibus inter viuos celebratis, in his non transfertur dominium absque traditione. Quod ex eo satis constat, quia cum dicatur dominia non transferri nudis pactis, apparet de actibus inter viuos sensisse Imperatores. Itaque quoties agitur de dominio inter viuos transferendo, hoc non aliter fit, quam traditionibus & vsucapionibus; atqui ex vltimis morientium voluntatibus, vt puta testamentis & successionibus ab intestato, transferuntur dominia etiam absque traditione, videlicet per aditionem hæreditatis, & legati agnitionem.

Tertiò opponitur, quod ex pacto legis commissoriæ, quo paciscitur venditor, vt nisi intra certum tempus pretium soluatur, fundus sit inemtus, detur venditori existente conditione rei vendicatio, licet nondum sit ei traditio facta. *l. 4. C. de pact. int. emp. & vend.* Idem obtinet in pacto addictionis

dictionis in diem, quo conuenit, vt si alius meliorem conditionem offerat intra certum tempus, fundus sit inemtus. *l. si quis hac 41. ff. de rei vend.* Resp. In his conuentionibus non nouum dominium acquiritur, sed vetus quod ante habuerat dominus, retineri fingitur. Nam ea conditione res erat tradita ab initio, vt statim rediret ad dominum, conditione existente, seu vt res esset inempta.

ASSERTIO XXXIX.

Ministri Ecclesiarum bona propria habere & possidere possunt.

MINISTRI ecclesiæ possunt etiam proprias facultates possidere, quia Euangelium approbat etiam politicas ordinationes, quæ omnibus concedunt propria bona. Item cum Christus dicit, Dignus est operarius mercede sua, tribuit eis proprietatem bonorum, quia merces est cujusque propria. Vnde & ex Hieronymo citatur *c. 16. q. 1.* vbi dicitur, quod Apostolicis viris & Euangelizatoribus Christi in necessarijs vsibus nolle tribuere, seipsum condemnare est.

Sed opponitur locus *Lucæ 9. vers. 3.* Non licet vobis possidere argentum in zonis. Resp. Hoc dictum non tollit vsum aut proprietatem rerum, neque vetat ministros proprias facultates tenere, sed prohibet principaliter in ministerio quæri aut spectari priuata commoda, hoc est, vetat ministerium ad quærendas opes, aut potentiam comparandam suscipere, vetat ministerium deseri propter inopiam. *P. Melanth. in Ethicis.* Licet ergò ministris & pastoribus ecclesiarum proprias opes & facultates possidere, nam & ipse Christus habuit proprios loculos, ex quibus suis & suorum necessitatibus, & aliis indigentibus prouidebat, *Lucæ 8. v. 23.* sed ita voluit Deus facultates & bona propria possideri etiam à ministris ecclesiæ, dummodò propter ea principaliter non seruiatur Deo, neue propter inopiæ timorem justitia deseratur. *c. habebat. 12. quæst. 1.* Qui enim Deum non propter Deum quærunt, sed propter temporalia commoda sequuntur, mercenarii sunt, non autem pastores. *c. sunt in ecclesia. 8. q. 1.*

Secundò obstat locus *Actor. 4. vers. 32.* vbi dicitur. Multitudinis eorum qui credebant, erat cor vnum & anima vna, nec quisquam aliquid eorum quæ habebat, suum esse dicebat, sed erant eis omnia communia. Concordat. *c. dilectissimis. & c. duo sunt. 12. q. 1.* vbi traditur quod clerici victu & vestitu contenti, nullam inter se proprietatem habentes, debent habere

omnia communia. Resp. Hoc institutum de communione bonorum ineunda, & retinenda eos demum obstringebat, qui vltrò propriis diuitiis & facultatibus renuntiauerant; quo casu cum vltrò semel se adstrinxerant ad communionem bonorum, neque quid proprium possidere decreuerant, huic voto & promissioni seruandæ seriò obligabantur, alioqui extra illam obligationem licet vnicuique etiam ministro ecclesiæ, proprias facultates legitimè possidere. Adde quod eo loco Lucas Euangelista vniuersis non præscribit legem, quam necesse habeant sequi, dum recitat quid egerint illi in quibus singularis quædam spiritus sancti efficacia se exeruit, nec sine exceptione de omnibus loquitur. Proindè ex eo loco non potest colligi inter omnes Christianos debere vniuersalem omnium bonorum communionem constitui, eò quod quidam tantum peculiariter in primitiuâ ecclesiâ bona sua vendebant, & in commune possidebant. Verum licet ex ministerio Euangelij vitæ necessaria accipere debeant ministri, tamen non debet hic præcipuus esse scopus ministrorum, vt acquirant opes & diuitias ex prædicatione Euangelij, sed debent esse contenti necessarijs vitæ alimentis, iuxta illud Hieronymi. Quicquid præter necessarium victum, ac simplicem amictum retines de altari, tuum non est, rapina est, Sacrilegium est. Item, Clerici qui bonis parentum sustentari possunt, si quod pauperum est, accipiunt, Sacrilegium committunt, & per abusum eiusmodi, iudicium sibi manducant & bibunt. Ita refertur *in c. clericos. 1. & 2. quæst.*

ASSERTIO XL.

Alvei mutatio transfert dominium, sed sola inundatio dominium agri non mutat.

SI flumen agrum alicuius ita occupauerit, vt ex eo fecerit alveum, prior dominus amittit fundi sui dominium, & ager ille à flumine in alvei formam redactus, incipit eiusdem iuris esse, cujus est flumen, id est publicus. *§. quod si naturali. Inst. de rer. diuis.* Ideò autem aluei mutatio, hoc est cum flumen ex agro alicujus facit alueum, aufert & mutat dominium, quia non potest amplius dici idem ager, eò quod mutatur prioris agri forma. Ideòque si flumen hunc alueum, quem fecerat occupatione agri alicuius priuati, iterum deserat, & redeat ad priorem alueum, ager qui ab alueo occupatus erat, non redit ad priorem dominum, sed eorum incipit esse, qui propè ripam eius prædia possident. *d. §. quod si naturali.*

Sed

Sed huic §. grauiter refragatur Cajus *in l.adeò 7. §. quod si toto.ff. de acq. rer. dom.* vbi tradit, si agro alicujus occupato flumen postea redeat ad priorem alueum, & derelinquat agrum occupatum, tunc stricto jure non redit quidem ager ad priorem dominum, quia ager ejus esse desiit amissa forma, sed tamen IC. ait, vix esse vt id obtineat. Ergò vult IC. quod per aluei mutationem non amittatur prorsus agri dominium, sed quod alueo à flumine derelicto, redeat ager à flumine ante occupatus ad priorem dominum. Resp. Cajus ex benigna æquitate, contra scrupulosam juris subtilitatem id statuentis, propter priuationem prioris formæ, id receptum dicit. Quæ benignitas neglecto subtili jure seruanda est, & retinenda, & stricto juri præferenda, vt ita domino priori ager suus à flumine occupatus iterum restituatur. Si flumen enim non totum ejus agrum, sed partem aliquam occupasset, propter vicinitatem alueus ad eundum dominum rediret. Ita eleganter tradit *Baro ad §.insula Inst.de rer.diuis.*

Alia est causa inundationis, si ager alicujus totus inundatus sit, quia illa inundatio, sicut aluei mutatio non mutat speciem fundi. Inundatio enim sola non mutat formam agri, sed aluei immutatio, dum flumen excauat fundum, atque in aliam formam redigit. Et ob id si flumen ab agro, quem inundauerat, recesserit, fundus ejus manet, cujus & fuerat ante. *§. alia sanè. 24. Inst.de rer.diuis.l.7.§.aliud.ff.de acq.rer. dom.l. cum vsumfructum. 24. ff.quib.mod.vsufruct.amitt.*

Sed obiicitur huic decisioni *l. quid tamen* 10. §. *agri. & l.si ager.23.ff. quib. mod.vsufr. amit.* vbi inundatione maris & fluminis vsusfructus & proprietas agri inundati amitti dicuntur. Resp Quando inundatio longo tempore durauit, & flumen tam diu occupauit agrum, vt formam eius mutauerit, vel alueum ex agro fecerit, aut agrum in stagnum vel paludem transformauerit, tunc dominium & vsusfructus agri extinguitur. At verò si flumen impetu aliquo agrum occupauit, & mox repentino refluxu iterum recedat, tunc proprietas & vsusfructus agri eius manet, cuius fuit & ante. *Accurs.in d.l.si ager.*

Secundò videtur obstare *l.3.§.Labeo. & l.qui vniuersas.34.item quod mari.ff. de acq.poss.l cum vnus.12.§.fin ff.de reb.auct.iud.poss* vbi traditur, quod per inundationem maris vel fluminis possessio agri amittitur. Resp. Amittitur quidem possessio agri per inundationem, dominium tamen non mutatur, quia possessio cum proprietate nihil habet commune. *l. naturaliter. §. nihil commune.ff.de acq.poss.* Quod tamen ita intelligendum est, vt ita demum inundatione amittatur possessio agri, si magna & diuturna sit inundatio, ita vt ager omninò non videatur nec coli possit. *Castrens.ad d.§.Labeo.* Ex quo sequitur, quod si fundus à flumine occupatus sit, quem alius cœperat

 possidere

possidere & vsucapere, quod per hanc inundationem vsucapio cœpta interrumpatur: quia sine possessione eaque continua non procedit vsucapio, at verò per inundationem interrupta est possessio *d. l. si ager. ff. quib. mod. vsusfr. amit.*

ASSERTIO XLI.

Vsucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis à lege definiti.

HÆc definitio est Modestini tradita *in l. 3. ff de vsucap.*

Sed obijcitur hoc argumentum. Si per vsucapionem dominium adipiscimur, dominium ex pluribus causis continget. Etenim ex plurimis causis vsucapimus, quia ex plurimis causis possidemus. At dominium nobis ex vna causa tantum contingere potest, non ex pluribus. *l. 3. §. ex pluribus. ff. de acq. poss.* Ergò dominium vsucapione non acquiritur. Resp. Falsum est, quod dicitur, ex pluribus causis nos vsucapere, licet ex pluribus causis possideamus. Vt puta si rem emi à Titio, & postea Titio hæres extitam, eandem rem ex pluribus causis possideo, pro emptore, & pro hærede, sed tamen ideò ex pluribus causis non vsucapio, quia quod meum est, amplius meum fieri non potest. *§. sic itaq. Inst. de actio.* Vsucapionis causa proxima est possessio. Titulus est causa possessionis. Itaque plures causas & titulos possessionis habere possumus. Idque plurimum prodest, magnumque habet effectum, quia si ex vno titulo possessionem non probemus, ex altero probare possumus. Vsucapionis non nisi vnica & proxima est causa, scilicet possessio, vnicusque tantum titulus est dominii.

Secundò opponitur hoc argumentum. Definitio continere debet omnia substantialia rei definitæ. Sed hæc definitio ea non continet. Ergò est vitiosa. Nam ad vsucapionem necessarius est titulus, & bona fides *Inst. de Vsucap. in princ. l. nullo 24. C. de rei ven l.* & tamen eorum non fit mentio in definitione vsucapionis. Resp. Non est necesse, vt omnia substantialia membra rei definitæ expressè comprehendantur definitione, sed satis est, si ea tacitè subintelligantur. Ad vsucapionem requiritur quidem titulus & bona fides, sed ea tacitè sub definitione comprehenduntur. Cum enim dicitur in definitione, vsucapionem esse adeptionem dominii, per continuationem possessionis, intelligimus huiusmodi possessionem, quæ iusta est & legitima, hoc est, quæ iusto titulo & bona fide fundata est, & munita.

ASSER-

ASSERTIO XLII.

Ad vsucapionem perficiendam titulus est necessarius.

HÆc enunciatio comprobatur apertis textibus. Primò *in l. vnica. C. de usucap. transfor. in verb.* vt in omnibus iusto titulo possessoris cœpta detentia non interrumpatur ex posteriore alienæ rei scientia. Secundò idem astruitur *in l. vlt. C. de præscript. long. temp. in verb. bono initio possessionem tenentis.* Deinde hoc confirmatur hac evidenti ratione, quod ad complendam vsucapionem requiritur iusta possessio. *l. 3. ff. de vsucap.* Atqui nulla possessio justa censetur absque titulo. Titulus enim nihil aliud est, quam causa possidendi, iustificandæque possessionis, hoc est, qua defenditur cuiusque possessio ab impugnatione alterius. Dicitur enim titulus à tuendo, quod factum authoris sui defendat ac tueatur. Denique idem comprobatur *in l. nullo 24. C. de rei vend. & l. diuturna 4. C. de præsc. long. temp.* vbi statuitur, quod sine iusto titulo vsucapio vel præscriptio longi temporis non procedit.

Opponitur primò, *l. quòd vulgo 11. ff pro emptore.* vbi error falsæ causæ, siue titulus putatiuus ad vsucapionem prodest, puta, si quis putet se emisse, cum reuera non emerit. Resp. Non quilibet error seu opinio tituli sufficit ad vsucapionem, sed tunc demum putatiuus titulus ad vsucapionem prodest, si procedat ex justo & probabili errore, qui scilicet procedit ex facto alieno. *l. vlt. ff. Pro suo.* Justa & magna causa erroris debet subesse in titulo putatiuo, vt puta in exemplo allegato *in d. l. quod vulgo* si seruo aut procuratori meo mandauero, vt rem mihi emeret, & ille profectus ad rem emendam, & reuersus eam attulerit, & persuasit mihi se emisse, qui tamen reuera non emit, atque ita mihi tradiderit. Nam hic error est probabilis, quia non solum ex traditione, sed etiam ex mandato serui, aut procuratoris ducitur, & sic ex facto alieno, qui error iustus est & tolerabilis. *d. l. vlt. ff. Pro suo.* Error verò, qui ex proprio facto procedit, quia iniustus & improbabilis est, ad vsucapionem nunquam prodest. *l. Celsus. 27. ff. de vsucap. l. quanquam. 7 ff. Ad SC. Vell.*

Secundò obstat *l. 2. C. de præscript. 30. anno.* vbi dicitur ab iis possidendi non requiri iustum initium, qui sibi possident. Resp. Illa *l. agit. de præscriptione. 30. annorum*, in qua præscriptione initium iustum, id est titulus & bona fides iure ciuili non requiritur. per *l. si liberam. 10. C. Quod cum eo qui alie. pot.* Ita decidit *Cuiac. in paratit. C. ad tit. de vsucap. transfor. in fin.*

Tertiò opponitur *l. cogi. C. de pet. hered.* vbi traditur, quod nemo cogitur ostendere titulum suæ possessionis. Resp. Ad præparationem iudicii reus titulum

titulum seu causam possessionis suæ dicere cogitur, sed ad commodum suum & victoriam obtinendam, defendendamque possessionem tenetur possessor titulum allegare & probare. *Castrens. in d.l.cogi.*

ASSERTIO XLIII.

Contra ciuitatem non currit nisi centum annorum præscriptio, in rebus hæreditariis, item legato, donatione, & venditione ciuitati acquisitis.

DONATVM est hoc priuilegium specialiter ciuitatibus, vt in rebus illis hæreditario jure relictis, item in rebus illis venditis, legatis, & donatis habeant tantum centum annorum præscriptionem, ita vt quoties ciuitatibus hæreditas, vel legatum, vel fideicommissum fuerit relictum, siue donatio vel venditio processerit, sit eorum penè perpetua vindicatio, & ad centum annos extendatur. Hæc decisio hisce expressis verbis tradita extat in *l.vlt. C.de sacrosanct. eccles.* Hoc ergò speciale priuilegium concessum est ciuitatibus, in his quæ ciuitatibus priuato jure ex prædictis causis debentur, vt scilicet aduersus ea debita sola valeat præscriptio centum annorum. Porrò idem priuilegium præscriptionis centenariæ conceditur in *eadem l vlt.* etiam ecclesiis, item iis quæ pijs locis, pauperum vsibus, & captiuorum redemtioni sunt relicta.

Sed obijcitur *Nou. 111. de temp. action. quæ sacr. loc. comp. item Nou. 131. de eccles. titul. §. pro temporalibus.* vbi abrogata est præscriptio centenaria in rebus Ecclesijs, & alijs pijs locis relictis, ac constitutum est, vt remoueantur XL. annorum præscriptione, postquam illis actio aduersus aliquem est nata. Ergò videtur etiam præscriptio centenaria, antea ciuitatibus data, esse abrogata. *Resp.* In rebus & actionibus ciuitatis nihil immutatum legimus. Proinde incumbit ciuitati saluum jus agendi per totos centum annos, in rebus ciuitatis omnibus, pro vt hoc jus illi primum datum est. *d.l.vlt. C. de sacr. Eccles.* Hæc enim regula perpetuò in jure tenenda est, quæ traditur in *l. præcipimus. C. de appellat.* Quicquid lege posteriore priores innouante specialiter non est correctum, id veterum constitutionum regulis relictum intelligitur.

Secundò obijcitur tale argumentum. Non debet esse major fauor ciuitatis quam Ecclesiæ, sed par, aut etiam Ecclesiæ major. Atqui cum in ijs casibus, in quibus eadem ratio militat, idem ius statuendum sit. *l.illud. ff. Ad l. Aquil.* sequitur etiam, vt sicut præscriptio centenaria in Ecclesijs abrogata sit,

sit, & ad quadragenariam reducta, idem in ciuitate obtinere debeat. Resp. In casu omisso idem jus statui debet, nisi constet in eodem casu diuersum jus prioribus legibus statutum esse. Efficitur enim, nisi id specialiter emendatum sit, id veteribus legibus relinqui oportere. Hanc sententiam amplectitur *Bart. in Auth. quas actiones. C. de sacr. eccles.* Approbat *Alciatus lib. 2. de verb. signif. num. 36. Donel. lib. 5. com. c. vlt.* In hanc sententiam videtur etiam inclinare *Fachin. lib. 8. controu. iur. c. 37.* Idem sentit. *Cuiat. lib. obs. 5. cap. 5.*

ASSERTIO XLIV.

Res inter alios iudicata, aliis nec prodest, nec nocet.

QVOTIES sententia inter alios prolata est, aliis qui non litigarunt, nec prodesse nec nocere potest. *l. 1. ff. de except. rei iud. l. sæpè. ff. de re iud. tot. tit. C. Res inter alios actas, vel iud. al. non nocere. toto tit. C. Quib. res iud. non noc.*

Opponitur primò huic assertioni *l. posthumus. 6. §. 1. ff. de inoff. test.* vbi traditur, quod si ij egerunt querela inofficiosi, qui ad successionem ab intestato non admittebantur, & casu vicerint, nemine eos repellente, victoria ipsis non prodest, sed aliis succedentibus ab intestato. Resp. Querela inofficiosi id efficit, vt testamentum à judice rescindatur, quo rescisso, hæredes proximi ab intestato succedunt, non vigore sententiæ, sed ex dispositione legis, quâ cauetur, quod vbi testamentum irritum, ruptum vel iniustum pronuntiatum est, quod tunc successioni ab intestato locus sit.

Secundò aduersatur *l. Papinianus. 8. §. penult. ff. de inoff. test. & l. 3. in princ. ff. de pign.* vbi statuitur, quod si in querela inofficiosi testamenti pro hærede legitimo contra hæredem scriptum pronuntiatum sit, quod hæc sententia noceat legatis & libertatibus, ita vt legatarii non possint sua legata ex eo testamento consequi. Resp. Hoc ideò receptum est, quia vbi testamentum corruit, vt pote quia irritum aut inofficiosum pronuntiatum est, vel quia nemo hæres ex eo testamento hæreditatem adiit, tunc nihil ex eo testamento debetur, nec libertates, nec legata. *d. §. penult.* Sed huic solutioni iterum refragatur. *l. 1. ff. de except. rei iud.* vbi contra testamentum fuerat iudicatum, & nihilominus legata & libertates rectè peti possunt. Resp. Sub distinctione. Aut is egit & obtinuit contra testamentum, cuius potissimum interest, vt puta hæres ab intestato egit querela inofficiosi, & testamentum irritum & inofficiosum declaratum est,

hæc sententia nocet legatarijs. *d.l. Papinianus.§.penult.* Aut egit is cuius principaliter non interest, puta legatarius, & superatus fuit, & tunc sententia ejus aliis legatariis non nocet. *l.1.ff.de except.rei iud.* Ratio est, quia testamentum non pendet à legatis, proinde contra vnum legatarium lata sententia, neque hæredi scripto, neque aliis legatariis nocet. Contra quia institutio hæredis est caput, & fundamentum totius testamenti, & ab eo pendent omnia, quæ in testamento disposita sunt, sequitur, vt si hæres scriptus egit petitione hæreditatis super hæreditate sibi testamento relicta, & superatus est, quod sententia, hæc reliquis etiam ex testamento agentibus, puta legatariis noceat. Ita *d.l. Papianus.§.penult.ff.de inoff.test.* cum. *l.1.ff.de except.rei iud.* conciliat. *Castrens.ad l.2. C.de fide instr. Cuiat.lib. Obs.2.c.7. Pac.cent.3.antin.quæst.32.*

ASSERTIO XLV.

Iudex certæ rei vel pecuniæ sententiam ferre debet, etiamsi de incertâ quantitate sit actum.

AD judicis officium pertinet, vt certæ rei vel quantitatis sententiam ferat, licet de litis æstimatione, aut alioqui de incertâ quantitate, vel re apud eum sit actum, tex. est expressus in § *curare.Instit.de action. l.vnic.C.de sent.quæ pro eo quod interest* &c. Hinc iudex frustra & inutiliter ita pronuntiat; omnem debiti quantitatem cum vsuris competentibus solue, vel hoc modo. Quæ bona fide accepisti, solue, nisi forte aliquâ parte actorum certa quantitas sit comprehensa. *l.penult. & vlt. C. de sent. quæ sine cert.quant.l.in sententiis 59.ff.de re iud.*

Verum huic decisioni primò aduersatur. *l. si iactum.12. ff. de act. empt* vbi Celsus respondit, si iactum retis quis emit, & piscator rete iactare noluit, incertum eius rei æstimandum. Ibi deciditur, quod quando venditor capturæ seu iactus retis, non vult iactare rete, tunc iudicem debere incertum iactus seu capturæ retis æstimare. At quomodo potest iudex id æstimare, quod non extat in rerum natura? cum non entis nullæ sint qualitates, nulla accidentia, nullæ demonstrationes. Resp. Ex sententia Accursii, quod iudex æstimabit, quantum verisimiliter capi potuit, quod colligetur ex consuetudine piscatorum, qui ibi consueuerunt piscari. Sed iterum cum *d.l.si iactum.* grauiter pugnat *l.quemadmodum.29.§. item Labeo.ff.Ad l.Aquil.* vbi deciditur, si culpâ nautarum retia alicuius piscatoris rupta sint,

teneri

teneri quidem nautas ad damnum retium, sed tamen piscium qui ideò capti non sunt, non fieri æstimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Resp. Ideò in actione legis Aquiliæ non habetur ratio incertæ capturæ piscium, quia in lege Aquilia tantum habetur ratio damni præteriti, non verò futuri. At in emptione jactus retis contrahentes senserunt de futura captura. Ergo hoc casu meritò initur æstimatio piscium, qui verisimiliter possunt capi. Ita respondent *Accurs. & Bart. in d.l. si jactum.*

Secundò in contrarium ita quis potest argumentari. Sententia debet esse conformis libello. *l. vt fundus. ff. Commun. diuid. l. vlt. C. de fideicom. libert.* At si ex incerta petitione vel incerto libello certa debeat ferri sententia, jam sequetur, quod sententia judicis non sit conformis libello. Resp. Propter certitudinem sententiæ dici non potest, quod sententia non sit conformis libello: nam certum & incertum sunt qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & sententiam. Hinc eleganter notat *Baldus in l. 1. C. Si plur. vna senten. &c.* quem sequitur *Praes. Euerhardi in loco à libello ad sententiam. num. 2.* quod sufficit, si sententia conformis sit libello in re petita, causa, & actione. In re petita, vt puta quod judex de alia re non pronunciat, quam quæ in libello est petita. In causa petendi, quod judex aliam causam non proferat, in sententia, quam ea, quæ ab actore in libello est proposita. Vnde si actor petat ex causa depositi, judex non poterit pronuntiare ex causâ mutui. Denique judex sequetur naturam actionis, quam actor instituit, vt secundum eam reum condemnet vel absoluat. Ita eleganter tradit *Zazius ad §. curare. num. 16. & 17. Inst. de action.*

ASSERTIO XLVI.

Confessus in iudicio pro iudicato habetur.

TRADITVR hoc axioma, & pro regula proponitur. *in l. 1. ff. de confess. l. vnic. C. eod. l. proinde. 25. §. vlt. ff. Ad l. Aquil. l. post rem. 56. ff. de re. iud.* vbi hæc enunciatio expressis verbis refertur, quod scilicet confessi in iure pro iudicatis habentur, addita hac ratione, quia se ipsos quasi proprio ore condemnauerunt.

Sed obstat *tit. C. Ne quis in suâ causa iud.* vbi statuitur, quod nemo potest in propria causa iudicare, & sic necesse damnare. Resp. Quod confessus impropriè dicatur condemnatus, sed quod perinde habeatur, ac si esset condemnatus. Sic in *l. vlt. C. de fideicom.* statur hæredis iuramento, quia ipse sibi quodammodò iudex est, & testis.

Secundò vehementer aduersatur huic decisioni. *l. Iulianus, & l. sequ. & l. qui Stichum. ff. de confess.* vbi habetur, quod requiratur sententia etiam post confessionem, itaque in iis legibus confessus non habetur pro judicato, alioqui non requireretur sententia iudicis. Resp. Sic distinguendum est cum *Bart. Castrens. & Zazio ad d. l. 1. ff. de confess.* Aut reus confessus est coram iudice ante litem contestatam, & habetur pro condemnato, nec opus est, alia sententia, sed huiusmodi confessiones habent paratam executionem, & debitori confesso tantum sit præceptum à iudice, vt soluat debitum, quod confessus est se debere. *l. certum. 6. § vlt. ff. de confess. l. si debitori. 21. ff. de iudic.* Aut debitor confessus est post litem contestatam, & tunc non habetur pro condemnato, sed adhuc sententia ferenda est, & ita procedunt. *d. l. Iulianus & l. seq. ff. de confess.* Rationem diuersitatis esse tradunt D D. quod qui ante litem contestatam confitetur, videtur hoc facere causa euitandi iudicii, qui autem post litem contestatam confitetur, videtur litem ingredi, & fundare iudicium, quod vtique sententia finiendum erit. *Bart. & Zas. ad d. l. 1. ff. de confess. Costal. ad d. l. proinde.*

Tertiò opponitur *l. si confessus. ff. de custod. & exhib. reo.* Vbi statuitur, quod si reus confessus est de crimine, adhuc contra eum ferenda est sententia. Resp. Lex illa loquitur de criminalibus causis, in quibus post confessionem etiam sententia opus est, neque confessio executioni mandabitur, nisi sententia subsequatur. *l. 2. C. Quot. app. non recip.* In ciuilibus autem causis sententia non opus est contra confessum. Planè illud quoque notandum, quod confessus ex sola confessione infamiam quoque non contrahat. *l. si reus. 73. ff. de procurat.* nam ad infamiam irrogandam sententia & condemnatio subsequi debet. *l. 1. & l. furti. 6. ff. de his qui not. infam.* Sed prædictis adhuc obstare videtur *d. l. proinde. § vlt. ff. Ad l. Aquil.* vbi dicitur, nullas esse partes iudicis in confitentes. Resp. Hoc sic explicandum est, vt reuera non possit iudex in ferenda sententia contra confessionem statuere, sed necessariò secundum confessionem iudicabit & æstimabit: sententia igitur opus est. *Costa. ad d. l. proinde. § vlt. ff. Ad l. Aquil.*

ASSER-

ASSERTIO XLVII.

In interdicto vti possidetis, cum ambo æqualem possessionem vel titulum probant, cùmque pares sunt vtriusque probationes, iudex vel neutri possessionem adiudicabit, vtrumque ab eâ exire iubendo; vel singulis dimidiam partem possessionis assignabit.

ARDVA & grauiter in varias partes inter DD. agitata est quæstio, quæ forma sit obseruandæ ferenda sententiæ in interdicto vti possidetis, quando vterque litigantium profert pares probationes, puta si vterque æqualibus testibus vel probationibus suam possessionem comprobat, vel ambo æqualiter titulo suam possessionem munitam ostendunt, vel æquè antiquam possessionem demonstrant. In hoc articulo post varios opinionum conflictus, hæc videtur sanior sententia, quod tutius sit, vt neutri possessionem adiudicet, & ab eâ vtrumque exire iubeat; vel, quod factâ diuisione, partem vnam possessionis vni, alterá alteri assignet. Probatur prior sententia per *l. si fuerit legatum. 10. ff. de R. b. dub.* vbi deciditur, quod in casibus maximè dubiis, quando de proprietate rei agitur, ita fieri consueuit. Pro altera sententia facit hæc ratio, quod iudicis est controuersias & rixas sedare, & componere, quod vbi alia ratione præstare non poterit, diuisione facta, partem vni, & partem alteri assignabit. Quemadmodum fecisse Tiberium Cæsarem scriptum est *in l. & hac Tiberius. 41. ff. de hæred. inst.* Hanc sententiam probant *Bart. in l. si duo. num. 5. ff. vti possid.. Dynus in l. Titia textores. per illum textum. ff. de leg. 1. Menoch. remed. 3. ret. poss. q. 87. num. 770. & 776.*

Contra hanc sententiem alii statuunt, judicem debere ita pronunciare, *Vti possidetis, ita possideatis*, vt ita neuter vincat, nec vincatur. per *l. si duo. in princ. ff. vti poss.* Sed hæc sententia meritò reprobatur ex eo, quia sic sententia pronunciaretur incerta, quæ ipso iure nulla est & inutilis *l. vlt. C. de sent. quæ sin. cert. qu. §. curare. Inst. de act.* Rursus ex ea sententia daretur occasio partibus contendentibus veniendi ad arma, quod iudex ferre non debet. *l. si cujus. 13. §. si inter. ff. de vsufruct.* Nec obstat *d. l. si duo.* quia loquitur (vt *Bart.* interpretatur) cum iudex pronunciat vtrumque possidere diuersa possidendi specie, vt quia vnus possidet vt vsufructuarius, alter vt

proprietarius; Theſis verò noſtra accipi debet cum ambo probant, ſe in ſolidum poſſidere, eadem ſpecie poſſeſſionis, quod iure impoſſibile eſt; ideòque judex non poteſt hoc modo pronunciare, quoniam ſententia impoſſibilitatem contineret, vel ſaltem aliquid inconueniens produceret.

Secundò alii ſtatuunt, judicem debere curare ſequeſtrari poſſeſſionem apud alium, ne contendentes ad arma veniant *arg. d. l. ſi cujus. §. ſi inter.* Hanc opinionem ſequitur Butrigar. Verum ab ea ſententia diſcedit. *Bart. in d. l. ſi duo,* eâ ratione, quod incognitum adhuc erit, quis poſſideat, quis non, atque ita ignorabitur, quis in iudicio petitorio actoris partes, & quis rei conuenti ſuſtinere debeat.

Tertiò, Alii ſentiunt quod ſorte hæc quæſtio dirimenda ſit, per *l. in tribus. ff. de iud. l. ult. in princ. C. Com. de leg.* Verum & hæc opinio rectè reprobatur. Nec iuvatur per *d. l. in tribus. & d. l. vlt.* quia hæc quæſtio facti eſt, non iuris, at quæſtiones facti ſorte non terminantur. *l. duo ſunt Titij. ff. de teſt. tut.* ſed iuris quæſtio ſorte diuimi poterit, de quâ dictæ leges ſunt accipiendæ. Latius de hac quæſtione vide *Menoch. rem. 3. ret. poſſ. q. 87.* vbi octo profert DD. opiniones in hac propoſitione, quid iudex pronunciare debeat in interdicto vti poſſidetis, cum vterque litigantium ſe æqualiter poſſidere probat. Adde *Fachin. lib. 8. contr. iur. c. 18. Donel. ad L. vnic. nu. 18. 19. & ſeqq. C. Vti poſſid.*

ASSERTIO XLVIII.

Omnia interdicta de poſſeſſione vel quaſi obtinendâ competunt.

INTERDICTA nihil aliud ſunt, quam actiones, quibus de poſſeſſione vel quaſi aſſerenda agitur, ſiue eam nunc primum adipiſci, ſiue adepti retinere, ſiue ademtam & omiſſam recuperare velimus. *Inſt. de interd. in princ.* Hæc interdicta tantum de poſſeſſione vel quaſi obtinendâ competunt, & controuerſiæ omnes de poſſeſſionibus hiſce interdictis expediuntur & finiuntur. *l. 3. C. de interd. l. ordinarii. 13. C. de rei vendic.*

Sed obiicitur huic deciſioni, quod & pro rebus ſacris, religioſis, publicis, & libero homine varia competant interdicta, & tamen hæ res nō ſunt in hominum commerciis, nec poſſideri poſſunt. *l. qui vniuerſas. 30. §. 1. ff. de acq. poſſ.* De hiſce rebus hæc interdicta prodita extant. Ne quid in loco ſacro fiat. Ne quid in loco publico vel itinere fiat. De libero homine exhibendo,

bendo, item interdictum de mortuo inferendo. Resp. Hæc interdicta pro quasi possessione obtinendâ competunt: in hisce enim interdictis vsus quasi possessio nominatur, de quo sic agitur, vt vel nobis, vel his ipsis rebus suam quodammodo asseramus possessionem, eamque ab aliorum injusto facto velut vindicemus. Sic locis religiosis puta sepulchrum, vel ius inferendi mortuum in sepulchrum, non est in viro dominio, propter religionem, sed tamen sepulchri quod est in fundo nostro sicut quasi possessionem ita & quasi dominium habemus. *l. sunt personæ. 43. ff. de relig. & sump. fun.*

Secundò opponitur *l. 2. §. quædam. ff. de interd.* vbi dicitur. Quædam interdicta continere causam proprietatis, veluti de itinere actuque priuato reficiendo. Qui enim hoc interdicto vtitur, duas res docere debet, & se vsum seruitute hoc anno, & sibi seruitutem competere, quod ad proprietatis causam pertinet. *l. 3. §. hoc autem. 10. ff. de itin. act. priuat.* Resp. Quod dicitur quædam interdicta causam proprietatis continere, non ideò dicitur, quod non sunt de possessione, & vsu rei tuendo, sed cum sint de his rebus principaliter, per consequentiam adjunctam habent causam proprietatis, quia vincit is in hoc vsu, qui jus de cujus vsu agitur, ad se pertinere ostendit. *d. l. 3. §. ait Prætor. & §. hoc autem. juncta l. apparet. § pen. ff. de itin. actuq. priua.* Pulchrè *Cuiat. in aureis suis. Paratit. C. tit. de interdict. & lib. 5. Obser. c. 19.*

ASSERTIO XLIX.

Pœna constitutionis l. Si quis in tantam. C. vnde vi. etiam tenentur fœminæ, minores, rustici.

CONTRA eos qui possessionem alienam per vim inuadunt, promulgata est constitutio. *l. si quis in tantam. C. Vnde vi.* Qua statuitur, quod alienam possessionem violenter inuadens, eam restituere vim passo teneatur, & si dominus erat inuasor, priuatur dominio; si verò non erat dominus, renetur possessionem restituere, & condemnatur in æstimationem rei. Quæritur nunc, an pœnâ hujus constitutionis teneantur etiam fœminæ, minores, & rustici, & dicendum est, eos quoque obstringi: quia dicta constitutio generaliter loquitur de omnibus, qui rem ab alio possessam vi inuadunt Omnes ergo in pœnam hujus constitutionis incidunt, sine distinctione sexus, ætatis, aut conditionis.

Sed opponitur primò, quod mulier non teneatur pœnâ hujus constitutionis, quia constitutio scripta est hoc modo. *Si quis,* non *Si qua possessionem*

nem violenter inuaserit. Resp. Hæc quæstio decisa est ex iure certo, videlicet ex *l.1.l.pronunciatio.195.de V.S.* vbi traditur, quod hoc verbum, *Si quis*, tam masculum, quam fœminam contineat. Deinde non est hæc constitutio in odium sexus virilis, sed ad odium spoliatoris, & crimen violentiæ puniendum promulgata. Atqui vis maior est in fœmina quam in masculo, quia mulier inuadens alienam possessionem per vim, facit contra pudiciciam & modestiam sexui fœminino congruentem: magis igitur est punienda.

Secundò aduersatur *l.2.ff. Si quis in ius voc.non ier.& l.regula. in princ.ff. de iur. & fact.ign.* Vbi dicitur, quod minoribus 25. annis, fœminis, & rusticis permittatur in iure errare, quodque rusticitati & infirmitati sexus parcatur, si magistratuum edictis non obtemperauerint. Resp. Nullorum delictis patrocinatur iuris ignorantia, præsertim si delictum pugnet cum iure naturali, quale est crimen violentiæ, quia aliena per vim inuadere lege naturali & diuina prohibetur, vnde huius iuris naturalis ignorantia eos non excusat. *l.2.C.de in ius vocand.l.si adulterium.38.§.1.ff. Ad l. Iuliam.de adult.* vbi traditur quod minores & mulieres excusantur, quidem à pœna incestus qui iure ciuili committitur, puta si cum sororis filia rem habuerint, At si incestum iuris gentium commiserint, puta cum priuigna, nuru vel nouerca, mulier & minor æquè puniuntur vt maiores & mares. Nam ius naturale seu gentium in omnes est diffusum, & ignorari à mulieribus & minoribus non potest, Ius autem ciuile mulier & minor ignorare potest. Eleganter *Cuiatius* interpretum Iuris nostri princeps & coryphæus. *ad l. auxilium 37.ff. de minor.* Quinimò & iuri naturali repugnat ius sibi ipsi sua manu & propria auctoritate dicere, ideòque rustici, & mulieres hoc casu non excusantur. *§.penult.Inst. Vi bonor. rapt.* At si quod delictum per negligentiam, seu omittendo, non verò faciendo sit commissum, hoc casu ignoscitur interdum fœminis, minoribus, & rusticis iuris ignorantia peccantibus. *d.l.regula.l.auxilium.37.ff.de minor.l.1.C.Si aduers.delict.l.vlt.C.de iur. & fact. ign.* Ita decidit *Menoch.remed.9. recup.poss. q.1. & 2.& de arbitr.iud. casu.194. num.15.* Et approbat *Donell. ad d.l.si quis in tantam. num.11. & 12. C. vnde vi.*

ASSER-

ASSERTIO L.

Prædoni competit interdictum vnde vi, etiam cum ab ipso rei domino spoliatur.

TANTA est violentiæ improbitas, tantum odium, vt spoliatus per vim suâ possessione, ante omnia sit restituendus, etiamsi sit prædo. Probat hanc sententiam *l. colonus. l. cum fundum. ff. de vi & vi arm.* Eandem conclusionem probant *l. 1. §. qui à me. ff. eod.* & omnium apertissimè. *§. recuperandæ Inst. de interdict.* vbi traditur, interdictum recuperandæ possessionis dari vi dejecto suâ possessione, ad restituendam possessionem, etiamsi is à dejiciente vi, clam, vel precariò possideat. Ratio illa à D D. adferri solet, quia sine citatione & actu judiciali nemo est à possessione suâ amouendus, nemoque sine causæ cognitione suâ possessione est priuandus. *l. vlt. C. Si per vim vel al. mod.* Cum ergo prædonis possessio, possessio dicatur, ad eam dejectus prædo restituendus est. Quinimò & interdictum vnde vi spoliato prædoni per vim, datur contra dominum spoliantem vel dejicientem; neque enim dominii exceptio spoliato agenti interdicto vnde vi objici potest. *arg. l. qui possessionem. 17. ff. de vi & vi arm. l. 1. in verb. sine vlla cunctatione possessioni eos restituant. C. Si per vim vel al. mod. text. in cap. literas; & c. in literis ext. de rest. spol. l. si quis ad se fundum, ibi eademq; protinus restituta. C. ad l. Iul. de vi pub.* Approbant hanc decisionem *Wesemb. in parat. ff. de vi & vi arm. num. 11. SneideW. ad §. recuperandæ. num. 23. Inst. de interd. Gomes. ad ll. Tauri. l. 45. num. 182. Boer. decis. 238,* qui plenè de hac quæstione differit. Amplectitur *Catheran. in Decis. Pedem. 116. num. 6.*

Sed grauiter huic assertioni refragatur *l. bona fides. 31. in fin. ff. depos.* vbi traditur, quod si prædo spoliauerit aliquem per vim, & postea eadem spolia deposuerit apud dominum, non possit ea repetere à domino, additurque æquissima ratio, quia non est æquum dominum rem suam restituere prædoni compelli. Respondeo dupliciter. Vel dicendum, quod illa lex accipienda est, quando agitur judicio petitorio, hoc est, quando prædo experitur actione depositi, tunc enim deneganda est ei restitutio depositi, quia dominus præferendus est prædoni in restitutione rei suæ: Diuersum est cum agitur judicio possessorio, in quo spoliatus, licet prædo sit, ante omnia est restituendus. Vel respondendũ. Cum constat spoliatum esse prædonem notorium, & è contra spoliatorem esse dominum, tunc spoliatus non est ante omnia restituendus. Eaque sententia confirmatur per *c. cum*

dilectus ext. de cauf. poff. & propr. Ex quo ila defumitur regula. Cum conftat de jure proprietatis & dominii, tunc illa caufæ poffeflionis in fua executione præualere debet. Ita eleganter refpondet. *Menoch. remed. 1. recup. poff. qu. 11. num. 119.*

Secundò aduerfatur *l. dolo. ff. de except. dol.* vbi pro regula traditur, quod dolo facit qui petit, quod refticuturus eft, vnde prædo fpoliatus non debet reftitui contra dominum. Refp. Ifta regula tantum locum habet in judiciis petitoriis, non in poffefforiis. *l. 1. §. 1. ff. Quod leg.* faltem recuperandæ poffeflionis *Dyuus in c. dolo facit. de Reg. iur. in 6. & cap. qui ad agendum. eod.* Spoliatus enim ante omnia reftituendus eft, ne fpoliator ex fuo delicto commodum fentiat: alioqui fi hoc non fieret, magna delinquendi caufa & occafio præftaretur: contra *l. non eft fingulis. ff. de reg. iur. l. conuenire. ff. de pact. dot.* Effet enim in facultate domini fua manu fibi jus dicere, & vim illam ac audaciam prætextu dominii tueri.

ASSERTIO LI.

Vim vi repellere licet, modo fiat incontinenti, & cum moderamine inculpatæ tutelæ.

QVI latronem injuriantem occidit, nullo jure tenetur. *§. iniuria. Inft. Ad l. Aquil.* modò tamen id fiat cum moderamine inculpatæ tutelæ. *l. 1. C. vnde vi.* Moderamen hoc confiftit in modo, tempore, & causâ. Modus eft defenfio neceffaria, & præfens vitæ periculum. Tempus, fi eo tempore fiat, quo impendet prouocato vitæ periculum, hoc eft fi in rixâ & incontinenti fiat, prouocato non defcendente ad actus extraneos. Nam fi ex interuallo fiat, defenfio non eft neceffaria fed vindicta, *l. 3. §. cum igitur. ff. de vi & vi arm.* Caufa eft jufta defenfio ob perfonam facta, vt fcilicet fit neceffaria defenfio, non ad vindictam facta. *l. 3. C. Ad l. Cornel. de fica.* vt fcilicet quis non initio author rixæ fuerit, & operam rei illicitæ dederit. Ratio hujus decifionis eft, quia aduerfus periculum permittit fe naturalis ratio defendere. *l. 4 ff. Ad l. Aquil.* Et vim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt: *l. fcientiam 45. §. qui cum aliter. ff. eod. l. 3. ff. de iuft. & iur.* Huc pertinet elegantiffimus locus in oratione Ciceronis pro Milone. Eft hæc non fcripta fed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum etiam, ex natura ipfa arripuimus, haufimus, expreffimus, ad quam non docti, fed facti, non inftituti, fed imbuti fumus, vt fi vita noftra in aliquas infidias, fi in vim, in tela aut latronum, aut inimicorum incidiffent,

omnis

omnis honesta ratio esset expediendæ salutis. Silent enim leges inter arma, nec se expectari jubent, cum ei qui expectare velit, ante iniusta pœna luenda sit, quam iusta repetenda.

Sed obijcitur, quod nemo sibi ipsi permittere debeat vltionem, cum tutela & defensio magistratus in medio sit constituta, quam quilibet læsus implorare tenetur. *l. nullus. 14. C. de Iuda. l. non est singulis. ff. de R. I.* Resp. Non rarò necessitas nos in eas angustias ducit, vt si leges expectare velimus, ante iniusta morte simus perituri, quam justam pœnam petituri. Ideò certis casibus permissum est sine iudice se vindicare *toto tit. C. Quand. lic. vnicuique sine iud. se vind.* & melius est intacta cuiusque iura seruare, quam post vulneratam causam remedium quærere. *l. fin. C. in quib. caus. in int. rest. non est necesse.*

Hinc accommodatè hic quæritur. An ad moderamen inculpatæ tutelæ pertineat, necessariumque sit expectare primum ictum. Armorum minas & terrorem sufficere arbitror. *Bart. in l. 3. ff. de iust. & iur. Cynus in l. 1. num. 5. C. vnde vi. per l. 3. §. qui armati. ff. de vi & vi arm.* Est enim defensio instantis siue illatæ vis atque iniuriæ propulsatio, modo non sit nudus armorum terror, vel solæ minæ, sed cum actu quodam ad nocendũ sint coniunctæ. Hæc est sententia *Baldi*, vt refert *Ias. in l. 3. num. 14 ff. de iust. & iu.* potentia enim proxima actui censetur ipse actus. *arg. l. 1. §. si iusserim. ff. de acq. poss.* Hinc si aduersarium meum video minaci animo è pharetra sagittam depromere, gladium è vagina extrahere, possum antequam arcum incuruet, aut gladium educat, præuenire, & vim instantem repellere. *l. 2. 3. & 4. C. Ad l. Cornel. de sicariis. arg. l. vlt. C. in quib. caus. in int. rest.* vbi enim cunctatio periculosa est, melius est nascenti malo occurrere, quam post exitum medicinam quærere. *l. 1. C. Quand. lic. vnicuique sine iu d. &c.* Eleganter *Fachin. lib. 1. contro. c. 50.*

Secundò quæritur, an insultatus cum fugere possit, fuga se tueri teneatur? Neminem fugere teneri puto, ne famam in discrimen vocet, quia turpis & probrosa est ingenuo viro fuga: *arg. l. item apud 15. §. 1. ff. de iniur.* crudelis verò est, qui famam negligit. Tum etiam periculosa est fuga, propter lapsum qui fugienti accidere potest, & fugienti à tergo vulnera infligi possunt. Ita concludit *Iason ad l. 3. ff. de iust. & iur.* Adstipulatur constitutio criminalis Caroli V. *artic. 146. in verbis, Ohne gefarlikheit seines leibs, lebens, eheren vnd guten leumuths.*

Sed obiicitur §. *iniuria. 2. Inst. Ad l. Aquil.* vbi ita demum permittitur alicui latronem insidiatorem occidere, si aliter periculum effugere non potuit. Atqui fuga poterit periculum vitare, &c. Ergo. Resp. Turpis est & probrosa honesto & nobili viro fuga, & periculosa propter lapsum. Ideòque fugere nemo tenetur, qui ab insidiatore seu sicatio aggressus est, quia hoc

fieret cum magnopericulo, eò quod fugiẽti à tergo vulnera infligi possent. Ita post alios decidit *Gail.lib.2.pract. observ.cap.*110. Sequitur *Bart.in l.1.nu.8. C.Vnde vi. Wesenb.consl.19.nu.17.*

Postremo obijcitur locus *Matthei 5.v.39.* vbi Christus dixit, Si quis tibi alapam impegerit in dextram maxillam, obuerte illi alteram. Resp. Id faciendum est, cum videas te fratri tuo isto modo conducere posse, aut id conducere ad gloriam Dei illustrandam. Extra autem istos casus non est necesse ita facere, quemadmodum Christus, & Paulus suo exemplo docuerunt. *Ioan.18.v.23. Act.23.v.3.* Ita respondet *Martyr. in loc. commu. clas.2. c.9. nu. 16.*

Illud denique notandum, quod si prouocatus & insultatus ab aggressore, modum excessit in defensione, non debet statuta ordinaria, sed extraordinaria & mitiori pœna plecti, propter culpam & excessum. Ratio est quia non est in tanta culpa, qui iustum dolorem temperare non potuit. *arg. tex. in l.si adulterium cum incestu 38.§.Imperatores.ff. Ad l.Iul.de adult.* vbi dicitur, quod difficillimum est iustum dolorem temperare. tex. *in l.Diuus. ff. ad l.Pomp.de parricid. tex.in l.si quis in graui.§.si maritus.ff.de S C.Sillan. tex.in l.1.§. Quari.ff.ad S C.Turpil.* vbi dicitur quod inconsultus calor vitio caret. Prouocatus enim homo intenso dolore non est in plenitudine intellectus, & non habet stateram in manu, idcòque non potest verbera dare ad mensuram. fa. tex. *in l.qui cum maior 14.§.si libertus.ff.de bo. libert.* cuius pulchra sunt verba, Ignoscendum est ei, qui prouocatus vlcisci se voluit. Et hæc sententia, quod aggressus si modum excessit, mitiori pœna sit afficiendus, communiter à maxima Doctorum phalange est recepta, vt eleganter notat. *Gomez in var. resolut. tomo.3.in cap. de homicid.nu.24.* quem sequitur & laudat *Emanuel à Zoarez in thesau. recept. senten. in litera D. nu.26.*

ASSERTIO LII.

Exceptiones non numeratæ pecuniæ, & diuisionis, sunt perpetuæ & peremtoriæ; exceptio verò ne quis conueniatur vltra id quod facere potest, temporalis & dilatoria est.

DIVIDVNTVR exceptiones, vt aliæ sint perpetuę & peremtoriæ, alię verò temporales & dilatoriæ. Peremtoriæ sunt, quæ semper agenti obstant; & rem de qua agitur periment. Temporales sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt. *§.appellantur.Inst de except. l.3.ff.eod.* Porrò nõ differunt hæ exceptiones propriè à tempore proponendi has

has exceptiones, quasi illæ dicuntur dilatoriæ, quæ intra certum tempus, puta ante litem contestatam tantum proponi possint, peremtoriæ verò quæ ante & post litem contestatam rectè allegentur; nam & exceptio ne quis conueniatur vltra id quod facere potest, dilatoria est, & tamen non solum antè, sed etiam post litem contestatam, imò post sententiam proponi potest. *l. Nesennius. 41. §. vlt. ff. de re iud.* sed potius differunt à tempore, quo durat effectus propositarum hujusmodi exceptionum. Nam peremtoriæ & perpetuæ exceptiones ideò appellantur, quia ex quo semel agenti oppositæ sunt, ita perimunt actionem in perpetuum, vt amplius agi non possit; exceptiones verò dilatoriæ & temporales vocantur, quæ oppositæ non pariunt effectum perpetuum, sed temporalem, ita vt possit aliquando iterum rectè agi.

Quæritur an exceptio non numeratæ pecuniæ sit peremtoria, an verò dilatoria. Doctores dubitant. Sed dicendum est, hanc exceptionem esse peremtoriam & perpetuam. Nam etsi intra biennium opponi debet, tamen parit effectum perpetuum, ita vt post biennium actio denegetur.

Verum objicitur *l. in contractibus. 14 in princ. C. de non num. pec.* vbi dicitur quod hæc exceptio vltra biennium non potest proponi, ideoque temporalis & dilatoria esse videtur. Doctores dicunt eam esse anomalam, quia cum perpetua sit, præter regulam juris tempore finitur. Resp. Exceptio non numeratæ pecuniæ est peremtoria, quia parit effectum perpetuum, & in totum actionem perimit, licet intra biennium proponi debeat. Præterea potest etiam post biennium proponi, si modo intra biennium querela sit mota, & protestatio facta. *d. l. in contractibus. §. vlt.*

Secundò quæritur, vtrum exceptio inopiæ, quæ datur ei qui non est condemnandus, nisi in quantum facere potest, sit temporalis, an perpetua. Et verius est temporalem esse ac dilatoriam, quia parit effectum temporalem, cum fieri possit, vt reus iterum perueniat ad pinguiorem fortunam, atque ita condemnetur in solidum. Quæ sententia confirmatur & hoc argumento, quia si is cui hæc exceptio competit, per errorem soluat solidum, non potest repetere. *l. 8. & l. seq. ff. de condict. indeb.* Quod proprium est exceptionum temporalium. *l. in diem. 10. ff. eo. tit.* Nam exceptiones perpetuæ pariunt condictionem indebiti. *l. si is qui. 24. l. si non sortem. 26. §. indebitum. & §. adeò. ff. eodem.* Itaque hac ratione probatur esse dilatoria & temporalis hæc exceptio.

Tertiò dubitatur de exceptione diuisionis, quæ datur confidejussoribus, aliisve intercessoribus, vt actio inter singulos qui tẽpore litis cõtestatæ sunt soluendo, diuidatur. Sed verius est hanc exceptionem esse perpetuam &

 perem-

peremtoriam, quia parit effectum perpetuum. Nam si fidejussor hac exceptione vsus sit, non poterit postea conueniri in solidum, sed exceptio diuisionis illa quæ obijcitur ex epistola D. Hadriani, perpetuam vim habet. Hinc est, quod exceptio hæc proponi potest post litem contestatam *l. si fideiussor. 10. C. de fideiuss.*

ASSERTIO LIII.

Actio est ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur.

TRADITVR hæc definitio actionis ab Imp. *in princ. tit. de action. & in l. nihil. 51. ff. de obl. & act.*

Huic definitioni primò repugnat, quod verbo persequendi propriè loquendo continentur tantum extraordinariæ actiones, vt puta petitiones fideicommissorum. *l. pecunia. 178. § actionis. ff. de V. S.* Ideoque hæc definitio non omnibus actionibus accommodari potest. *Resp.* Verbum persequendi debet in hac definitione latius accipi, vt conueniat omnibus actionibus, quia definitio generalis est, & omnibus speciebus communis esse debet.

Additur in definitione. Quod sibi debetur, Quæ verba significant definiri hic actionem pertinentem ad iudicia priuata, ac distinctam tàm ab actione populari, quàm ab accusatione publica: quoniam in iudiciis popularibus aut publicis non persequimur, quod nobis debetur, sed ius Populi tuemur. *l. 1. ff. de popul. act. l. 4. § 1. C. de haret.*

Obiicitur quod in *§ pœnales. Inst. de actio* proponitur actio de albo corrupto, quæ est popularis *l. 7. in princ. ff. de iurisd.* *Resp.* Actiones populares quatenus mouentur ab iis, ad quos ea res pertinet, pro priuatis habentur. *l. licet. 42 in princ. & § 1. & l. non cogendum. 45. ff. de procur.* Ergò intelligendum est dictam actionem de albo corrupto, *in d. tit. de actionib.* ea ratione considerari, quatenus ei datur cuius interest, & pro priuata habetur.

Tertiò opponitur, quod non semper quis per actiones petit, quod sibi debetur, sed interdum etiam quod alii debetur, vt tutor petit quod debetur pupillo, procurator quod debetur domino. *Resp.* Qui per alium quid facit, per seipsum facere videtur.

Vltimò contra verbum debetur, obiicitur, quod res nostra nobis deberi non potest. *l. Quintus. 17. § argento. l. scribit. 34. ff. de au. & arg. leg.* Itaque videtur hæc definitio non conuenire actioni in rem, quoniam hac actione persequimur rem nostram, non rem nobis debitam. *Resp.* Actione quoque in rem persequimur, quod nobis debetur, non quod res nostra nobis

nobis debeatur, sed quia debetur nobis rei nostræ seu possessionis rei nostræ restitutio. Quod latius & plenius declaratur supra *Centur.4.ast.30.*

ASSERTIO LIV.

Nuda ratio non constituit aliquem debitorem.

HÆc assertio aperto textu confirmatur in *l. nuda. 26. ff. de donat.* vbi pro regula traditur, quod nuda ratio non facit aliquem debitorem. Ideoque etiamsi quis donandi animo referat in suas rationes, & scribat se alicui quid debere, non tamen valida & efficax intelligitur donatio. Dicitur autem nuda ratio, sicut nudum pactum, ea quæ causam non habet adjunctam, veluti si quis dicat se Titio debere centum, nec adijciat ex causa mutui donationis, vel alia simili. Hæc nuda ratio scribenti non officit, neque vllum operatur effectum, etiamsi quis donandi animo scripserit se debere Titio centum *d.l.nuda.*

Sed videtur huic decisioni obstare; quod Justinianus constituit donationem perfici nudo consensu. *l. si quis argentum. 35. C de donat.* vnde in hoc casu qui scripsit, videtur obligari ex causa donationis, proinde poterit conueniri condictione ex lege ad tradendum, quod donauit. *Resp.* Donatio quæ nec stipulatione nec traditione confirmatur, est nudum pactum *l.1 ff. de transact.* Ideoque non solius donatoris, sed vtriusque partis, id est, donatoris & donatarii consensum requirit, vt contingit in omnibus pactis *l.1.§.1.ff.de pact.* Vnde apparet *d.l.nuda.* non esse abrogatam per *d.l.si quis argentum*, sed generaliter statuendum esse, donationem non valere ex solo consensu donatoris, sed consensu vtriusque partis, tam donatoris, quam donatarii perfici. Hoc apertè probat Justinianus in *§. 1 .Inst. de donat.* vbi ait quod donatio sine traditione perficiatur nudo consensu, & vt ad exemplum venditionis tradendi necessitas incumbat donatori: quibus verbis significatur, vt emtio & venditio perficitur nudo consensu vtriusque partis, idem etiam de donatione dicendum esse.

ASSER-

ASSERTIO LV.

Actiones sunt iuris ciuilis, nomen autem actionis in libello exprimere non est necesse.

MAGNVS est DD. conflictus, an actiones sint juris gentium, an verò juri ciuili sint adscribendæ. Alii contendunt eas à jure gentium promanasse, nixi eo fundamento, quod cum exceptionis, quæ sunt defensiones reorum, sint juris gentium, ideò quoque actiones eodem jure censeri debeant. *arg. l. 2. ff. de except.* vbi traditur exceptiones nihil aliud esse, quam exclusiones actionum, atqui contrariorum eadem est disciplina & doctrina. Huc accedit, quod & apud alias gentes quam Romanos judicia viguerunt, vnde & colligitur, cum sine actione nemo in judicio experiri possit. *l. si pupilli. 6. §. vlt. ff. de neg. gest. l. 1. ff. de eden. l. quoties 9. §. item si. ff. de admin. tutor.* actiones ad jus gentium pertinere. Huc faciunt quoque *l. sunt quidam. 17. in fin. ff. de pœn.* juncta. *l. si mandatu ero. 22. §. is cuius. ff. Manda.* vbi dicitur, quod deportati qui amittunt ea quæ sunt Juris ciuilis, tamen possunt mandare alijs, vt sibi certas res emant, & competit eis hoc nomine actio mandati. Ergo deportati possunt sibi quærere actiones, quæ ex jure gentium oriuntur, & sic quodam respectu dicuntur actiones esse Juris gentium.

Sed verior & sanior est sententia, actiones juri ciuili esse adscribendas: Idque hisce duobus certissimis argumentis confirmatur: primò per text. *l. 2. §. deinde ex his legibus. ff. de orig. iu.* vbi disertè traditur, quod legibus. XII. tabularum actiones sunt conceptæ & compositæ, quibus inter se homines disceptarent, quas ne populus pro vt vellet, institueret, certas solennesque esse voluerunt legislatores, vnde appellatur hæc pars juris, legis actiones. Ibi disertè ostenditur, quod actiones à jure ciuili nomen formam & conceptionem propriam acceperunt. Secundò comprobatur hæc sententia hoc argumento. Judicia constant tribus personis, actore, reo, & judice seu magistratu, sed magistratus qui judicijs præsunt, cœperunt à jure ciuili. *l. 2. §. post originem. ff. de orig. iur.* Ergo & judicia, & per consequens actiones ab eodem jure dimanarunt. Communiter tamen à DD. hæc tenetur distinctio. Aut loquimur de actionibus descendentibus ex contractibus juris gentium, & tunc respectu materiæ, puta contractum, actiones possunt dici iuris gentium, sed respectu formæ sunt juris ciuilis, quippe jure ciuili in certam formam sunt redactæ. Aut loquimur de actionibus, ex contra-

ctu à

ctu à jure ciuili inuento, competentibus, & tunc quoad materiam & formam actiones sunt iuris ciuilis. Ita tradit *Sneidevvi. ad tit. de action. in definit. action. num. 9*,

Opponitur huic decisioni, quod etiam ante leges. XII. tab. hominis judicia frequentarunt, & actiones exercuerunt, teste *Halicarnasseo, libro 2. antiquit. Roman.* qui tradit actiones à Romulo fuisse institutas. Ergo non possunt dici à legibus XII. tabularum actiones esse compositæ. Resp. Habuerunt quidem & exercuerunt homines ante leges. XII. tab. actiones, sed rudes informes & confusas. Verum ius ciuile postea superuenit, easque actiones in ordinem redegit, certasque formas & conceptiones adaptauit, illasque formulas certo ordine digessit, & composuit. Hanc sententiam, quod actiones quoad formam & conceptionem sint juris ciuilis, solidis rationibus conuincit *Zaz. lib. 2. sing. resp. c. 5. & ad §. 1, num. 3. Inst. de act.* cui suffragatur ibidem *Minsing. num. 4.* Approbant & tuentur hanc sententiam *Conna. lib. 1. comm. c. 5. nu. 6. & cap. 6. in fi. Coras. lib. 2. Miscel. c. 17. Vaconius à Vacuna lib. 1. declar. c. 26. Borcholt. in tracta. de oblig. c. 1. nu. 14. & seqq.*

Quod ad alteram partem decisionis attinet, hæc opinio juri magis consentanea est, quod non est necesse nomen actionis specialiter in libello exprimere, sed sufficit factum ita narrare, vt ex eo iusta agendi causa colligatur. Quæ sententia confirmatur per *l. si mater. 11. & l. an eadem. 14. §. actiones. ff. de except. rei iud. l. quoties C. de dignitat. lib. 12.* & pro ea expressus textus citatur in *c. dilecti & c. examinata extra. de iudic. c. licet Heli, ex. de Simon.* Quæ etiam sententia *ex l. 2. C. de formul. & impetrat. actio. sublat.* confirmatur, his verbis, Si aptam rei & proposito negotio competentem eam esse constiterit. Comprobatur etiam hæc decisio hoc modo, quod jure saltem Digestorum non erat necesse libellum in scriptis exhibere, sed simplici & nuda petitione poterat actor jus suum in judicio proponere, vel ex albo Prætoris demonstrare aduersario, quid esset petiturus *l. 1. §. edere, & ibi Gl. ff. de edend. d. l. quoties.* Approbant hanc opinionem, quod nomen actionis in libello omitti possit, *Wesenb. in parat. de edend. num. 7. Minsi. ad princ. tit. de act. num. 6.* Pulchrè *Oldend. in tractatu suo de forma inuestigandæ actionis, in cap. De veteri actionum solennitate, quatenus hodie sit mutata.*

Obiiciuntur huic decisioni pleraque iuris loca, scilicet. *l. 3. C. de eden. l. non videtur. 33. ff. de iudic.* & potissimum *l. vlt. C. de interdict.* quæ expresse tradit, quod qui interdictum proponit, necesse habet in limine iudicii actionem exprimere. Adhæc frustra à legislatoribus certa actionum nomina singulis negotiis essent imposita, nisi certum etiam in singulis facti speciebus nomen esset exprimendum *l. 1. ff. de æst. act. l. 1. & 20. §. 1. ff. de præscript. verb.* Resp. Regulariter non est opus certam actionem in libello exprimere, sed tamen

petente reo siue aduersario tenetur actor specialiter designare, quo actionis genere vti velit. Quod tunc maximè necessarium est, cum ex eodem negotio plures actiones simul competunt, tunc enim quia ex vna actione aliter fit condemnatio quam ex alia, nominatim debet actor in libello declarare, qua forma & modo agendi procedere velit, specialiter actionis nomen exprimendo. *l. in duobus. 28. § colonus ff. de iureiur. l. habebat. 13. ff. de inst. act. l. 1. & l. si colonus. ff. Arb. furt. cæsarum. l. cum filius. 76. §. variis de leg. 2.* Ita decidit *gloss. in d. c. dilecti. ext. de iudic.* Idque ea quoque ratione confirmatur, vt iudex conuenientem petitioni & libello sententiam possit formare & pronunciare. Sententia enim debet esse libello conformis, & vltra id quod in iudicio deductum est, potestas iudicis excedere non potest. *l. vt fundus 18. ff. Com. d. uid. l. vlt. C. de fideic. libert.* vbi dicitur stultum esse iudicem qui super non petitis pronuntiat.

ASSERTIO LVI.

Quoties ex pluribus causis quid debetur, & quod solutum est, omnibus summis non sufficit, tunc in grauiorem causam solutum censetur.

CVM debitor ex pluribus causis diuersas summas debet creditori, & aliquam summam vel quantitatem soluit, nec exprimit in quam causam soluat, tunc in causam debiti grauiorem solutum censetur, qua scilicet illum primò quoquo tempore exonerari expedit. *l. 3. & 5. ff. de solut.* Quæ constitutio & interpretatio ICtorum producta est ex illa naturali æquitate, quod fauorabiliores sunt rei quam actores, item quod procliuiores esse debemus ad liberandum quam ad obligandum *l. Arrianus. ff. de oblig. & act.* Exempli causa, si debitor aliud purè & præsenti die debebat, aliud verò in diem vel sub conditione, & indistinctè aliqua summa ex his debitis soluatur, illud solutum censetur, quod purè debetur, & cuius dies venit. *l. 3. l. cum ex pluribus. 103 ff. de solut.*

Verum grauiter cum *d. l. 3.* pugnat. *l. 1. ff. de solut.* vbi Vlpianus statuit, si debitor cum ex pluribus causis deberet, vnum debitum soluat, quod tunc illud debitum soluisse censetur, cuius dies nondum venit. Resp. In *d. l. 1.* pro illis verbis. *Aut in illud*, legendum haud in illud, pro vt Russardus annotauit se in veteri exemplari legisse, vt sit sensus, quod indistinctè solutum est à debitore ex pluribus causis obligato, non esse imputandum in illud

illud debitum, cuius dies nondum venit, Quæ lectio textui quam optimè congruit, & omnem difficultatem tollit. Ita tradunt *Wesemb. in parat. ad tit. ff. de solut. Donel. lib. 16. com. c. 12.* Quæ sententia probatur in *l. cum ex pluribus 97. & l. cum ex pluribus 103. ff. solut.*

Secundò aduersatur decisioni superiori. *l. 1. C. de solut.* vbi statuitur, quod si debitor cum ex pluribus causis deberet, puta aliquam summam ex sorte principali, aliam ex vsuris, & indistinctè aliquid soluit, quod non sufficiat ad vtranque summam, prius in vsuras, deinde in sortem, id quod soluitur, accepto ferendum esse. Hic in dubio in eam causam solutum intelligitur, in quam accepto ferri expedit creditori, non debitori. Est enim vtilius creditori in vsuras solutum imputare quam in sortem, è contra debitori vtilius est prius in sortem, quam vsuras solutum acceptum ferre. Nam solutâ obligatione vsurarum præteritarum, nihilominus salua manet creditori obligatio sortis & vsurarum obligatio accessoria. *l. eos in princ. C. de vsuris.* At verò solutâ sorte tanquam obligatione principali, & extinguitur cursus vsurarum, tanquam obligatio accessoria. *d. l. eos.* Resp. Quod supra dictum est, debitum ex pluribus causis in grauiorem causam solutum censeri, seu in eam causam, quæ commodior vtiliorque est debitori, hoc ita intelligendum est, si ex pluribus causis æquè principalibus quid debeatur, quia fieri hoc potest sine damno & injuriâ creditoris. Nam cum ex pluribus causis principalibus, quod soluitur, acceptum fertur in causam debitori grauiorem, pro ejus commodo, vnâ causâ per solutionem sublatâ, quæcunque ea sit, cætera debita tanquam æquè principalia nihilominus integra manent. At verò quoties quid debetur pro sorte & pro vsuris, tunc secus accidit, nam si creditor cogeretur id prius in sortem acceptum ferre quam in vsuras, tunc sorte soluta tolleretur simul etiam obligatio vsurarum, quæ tanquam obligatio accessoria sequitur obligationem principalem sortis. Hoc verò non fieret sine graui damno & injuria creditoris. Eleganter *Donel. in comment. d. c. 12.*

ASSERTIO LVII.

Furta non iure ciuili scripto, sed ex consuetudine laqueo puniuntur.

QVOD furta jure ciuili Romanorum non puniuntur pœna mortis vel capitali, patet ex *No. 134. de vicar. seu locum tenent. §. quia vero. & ex Auth. sed nouo iure. C. de ser. fugit.* Cujus hæc sunt verba. Sed nouo

iure pro furto nec morietur aliquis, nec aliquod membrum abſcindetur, ſed aliter caſtigabitur. Fures verò appellamus eos qui occultè & ſine armis aliena tollunt, non eos, qui vi, armis manu coacta graſſantur latronum more.

Obiicitur conſtitutio Imp. Frederici quæ extat *lib. 2. feudo. tit. 27. de pace tenendâ & eius violator. §. ſi quis quinque*, vbi Imp. Fredericus conſtituit, vt fures de patibulo ſuſpendantur, quoties furtum quinque ſolidorum, id eſt aureorum Hungaricorum æſtimationem excedit. Sin minus furati ſunt, ſcopis & forpice excoriari, & tundi debent. Reſp. Illa conſtitutio Imp. Frederici tantum de caſu fractæ pacis loquitur, ſeu de furto, quod adhibitis armis & per violentiam perpetratur. Itaque ea pœna non ſtatuitur in illos, qui ſimplex furtum commiſerunt, ſed qui violenter graſſati ſunt in bonis aliorum diripiendis, qui non tantum fures ſunt, ſed effractores & violenti raptores, puniturque ea lex fures, non tantum quatenus fures ſunt, ſed quatenus pacis publicæ turbatores exiſtunt. Quod apertè probat inſcriptio tituli præfixa conſtitutione Imp. Frederici, quæ inſcribitur, de pace tenenda & eius violatoribus. Ita rectè notat *Baro ad §. vlt. Inſt. de obligat. ex delict.* & communiter ita accipi atteſtatur *Gomeſ. in §. ex maleficiis. num. 2. & 3. Inſt. de action.* Quæ ſententia etiam verbo Dei conſentanea eſt. Similiter enim in lege diuina conſtitutum eſt. *Exodi. 22. verſ. 2.* vt ſi noctu veniſſet fur armatus, velletque aliquid rapere, impunè eſſet eum occidere. Huc facit quod traditur *2. Samuel. c. 12. v. 5.* vbi Dauid inquit, quod diues qui habet greges & armenta multa, ſi rapiat vnicum agnum pauperis, mortem meretur, & præterea quadruplum reddere tenetur.

Secundò obiicitur *l. penult. ff. de cond. cauſ. dat.* vbi pro ſimplici & exiguo furto quis iure ciuili pœna mortis afficitur. Reſp. Illa lex diſponit de furto à ſeruo cõmiſſo, at cum ſerui in iure pro hominibus vilibus & abiectis habeantur, imò pecudibus exæquentur, non mirũ eſt, ſi in eos pro furto pœna mortis ſit ſtatuta, diuerſum tamen in liberis hominibus obtinet. Illud enim etiam iure cautum eſt, quod in omni delicto ſeuerius ſerui, quam liberi homines puniri debent. *l. capitalium 28. §. vlt. ff. de pœn.*

Porrò conſuetudo hæc quæ pœnam pecuniariam in corporalem mutavit, optimo iure defendi poteſt, propter frequentiã ſcilicet furtorum, quia frequentia hæc furandi teſtatur nouiſſimis hiſce & deterrimis temporibus, leui animaduerſione delictum hoc coërceri non poſſe. Sic enim & iure ciuili expreſsè deciſum eſt, quod maleficiorum ſupplicia exacerbentur propter frequentiã & iterationem delictorum, quoties nimirũ multis perſonis graſſantibus & delinquentibus, ſeueriori exemplo opus eſt. *l. aut facta. 16. §. vlt. l.*

§.vlt.l capitalium.28.§ solent.& §.grassatores.& §.famosos.ff.de pœn. vbi dicitur quod latrones, & grassatores furca suspendi, vel capite debent mulctari. *l.seruos.C.Ad l.Iul.de vi pub.* Adhæc in puniendo non tam res quæ violantur, quam qualitas delicti est consideranda, an & quatenus Rempub. lædat. Atqui fures non minus humanam societatem violant, quam adulteri & homicidæ. Non enim tantum opus est tuto & concordi conuictu, ac castâ conjugum conjunctione, sed etiam distinctione dominiorum, & bonorum defensione ad societatem vitæ humanæ retinendam opus est, quam cum violent fures, meritò exemplo homicidarum & adulterorum, extremo supplicio afficiuntur. Pulchrè *Wesenb.in parat.ff.de furt.nu.vlt.Forner.lib.1. selection.c.15.& 22. Didac.Couarru. lib.2.var. Resol.c.9.nu.7.* vbi eleganter tradit iure ciuili Romano fures pœna mortis non puniri, per *d.Auth.sed nouo iure. C.de furt.* sed iure Longobardico feudorum pœnam mortis furibus irrogari, per *d.§.si quis quinque.tit.de pace tenen.& eius vidat.lib.2.feudo.tit.27.* Atque ibi hanc pœnam iustè à Repub. infligi propter delinquendi audaciam & proteruiam scribit, vbi id variis gentium moribus & legibus comprobari adfirmat. Lege etiam XII. tabularum furem nocturnum occidere licebat, diurnum autem si se cum telo defenderet. *l.itaq; 4.ff.Ad l.Aquil.l.furem 9. ff.ad l.Com. de si car.* Quinimò & qui arbores, & maximè vites ceciderint, puniuntur tanquam latrones. *l.2.ff.Arb.furt.cæs.* Quæ lex admodum dura & seuera est, eamque adhuc in Saxonia seruari intellexi.

ASSERTIO LVIII.

Actio iniuriarum, quâ agitur ad palinodiam seu reuocationem iniuriæ, ciuilis est, non criminalis.

QUÆSITVM est à DD. An actio iniuriarum, quâ agitur ad reuocationem iniuriosorum verborum, & restitutionem famæ læsæ, ciuilis vel criminalis censeatur. Et verior crebriorque est DD. sententia eam criminalem non esse. Eaque probatur hisce quatuor firmissimis rationibus. Primò quia cum agitur ad reclamationem iniuriæ, non potest dici quod agatur ad aliquam pœnam fisco applicandam, quod in criminali causa omninò est necessarium. *gloss. & Bart. in l.Prætor.ff. de sepulch.viol.* Secundò etsi iure ciuili in causis criminalibus appellatio sit permissa. *l. addictos in fin. C. de episc. audient.* moribus tamen Germaniæ non permittitur appellatio in criminalibus, verum quia in actione iniuriarum, qua agitur ad reuocationem, recepto more iudiciorum appellatur, consequens est

eam non esse criminalem. Tertiò in criminalibus iudiciis procurator interuenire non potest. *l. penult. § vlt. ff. de publ. iud.* at in actione iniuriarum reclamatoria procuratorem admitti constat. Quartò hoc priuilegium criminali iudicio datum est, vt eo pendente nulli ciuili quæstioni locus sit. *l. 2. §. sed si agant ff. de iud.* Iam si actio iniuriarum, qua agitur ad reuocationem, criminalis esset, sequeretur eam cum ciuili, qua ad æstimationem iniuriæ contenditur, cumulari non posse, cuius tamen contrarium vsu obseruatur. Ex quibus omnibus liquidò apparet, actionem iniuriarum ad reuocationem institutam, potius ciuilem quam criminalem esse.

Obiicitur huic assertioni, quod actio qua agitur ad palinodiam infamat. Ergo criminalis est. Resp. Hoc non sequitur, nam & actiones mandati, depositi, de dolo, & aliæ quam plures infamant, nec tamen propterea sunt criminales. Nam & eodem modo actio iniuriarum etiam ciuiliter intentata infamat. *l. athletas. 4. §. fin ff. de his qui not. infam. §. ex quibusdam. Inst. de pœnis temerè litig.* ex quo tamen inferri non potest eam esse criminalem.

Secundò opponitur hoc argumentum. Actio qua agitur ad reuocationem iniuriæ continet pœnam, eaque pœna quia non est pecuniaria, necesse est corporalem esse. Atqui cum pœna sit corporalis & descendat ex delicto, necesse est hoc iudicium esse criminale. Resp. Non potest dici iudicium esse criminale, quia illud demum iudicium est criminale, quoties corpus delinquentis punitur, aut pœna pecuniaria fisco applicatur. *arg. l. locatio. § quod illicitè. ff. de publ. & vect.* Ita tradit *Bart. in l. vlt. vers. quare quomodo cognoscam. ff. de priuatis delict. & in l. prætor ait in princ. ff. de sepulch. viol.* Vnde cum neutrum interueniat in actione iniuriarum, qua agitur ad reclamationem iniuriæ, sequitur non esse iudicium criminale.

Tertiò in contrarium adfertur. *l. 1. §. vlt. ff. de suspect. tut.* vbi dicitur, quoties contra suspectum tutorem agitur, vt puniatur, tunc esse iudicium criminale, ideòque non ad prætorem, sed præfectum vrbi, qui tantum de criminibus cognoscit, remittitur tutor puniendus. Resp. Accusatio suspecti tutoris potest etiam criminaliter intendi, quo casu si grauius deliquerit tutor, videtur etiam corporaliter puniendus. *l. 3. §. tutor. ff. de suspect. tut l. 1 §. suspecti. ff. Ad SC. Turp.* Hanc sententiam, quod ciuilis sit actio, qua agitur ad palinodiam iniuriæ, defendunt *Gail. lib. 1. Obser. cap. 65. Mins. cent. 2. obs. 98.* vbi notant hanc veriorem & receptiorem esse D D. opinionem, quæ in Camera imperii judicando obseruatur. *Wesenb. in parat. ad tit. de iniuriis. num. 18. & cons. 22. nu. 18.* Dissentit *Maran. in Spec. aur. par. 4. dist. 1. num. 17.* Vnde & rectè deciditur quod cum hæc actio sit ciuilis, quod in libello super actione iniuriarum, vtrumque iudicium, & quo agitur ad æstimationem iniuriæ, & quoad reclamationem contenditur, cumulari possit. Sic *Boërius in consuetud.*

suetud. Bituric. conclus.1. tradit, quod in causa iniuriarum agi potest ad binas emendationes, vtilem scilicet, id est pecuniariam, & honorariam, id est ad restitutionem honoris seu reclamationem iniuriæ, quod sequitur *Gail. d. loco. & Mins. ad §. in summa. Iust. de iniuriis.*

ASSERTIO LIX.

Crimen stellionatus infamat, si cum aliâ ciuili actione concurrat.

CAVSA propter quam irrogatur infamia, est dolus, vel simile delictum, quod in dolum cadit, veluti perfidia, stellionatus, impostura, periurium. *l. furti. 6. §. vlt. ff. de his qui not. infam.* Stellionatus dicitur omnis fraus & impostura, quæ proprium delicti nomen non habet, & idem est in criminalibus, quod in ciuilibus iudiciis actio de dolo. *l. 3. ff. Stellionat.* Damnatus igitur de crimine stellionatus fit infamis. *l. quid ergo 13. §. vlt. ff. de his qui notat. infam.*

Sed obijcitur *l. 2. ff. Stellio.* vbi dicitur iudicium stellionatus non esse famosum. Resp. Ex sententia Iohannis veteris glassatoris probata ab Accurs. *in d. l. 13. §. vlt.* quod tunc crimen stellionatus infamet, si concurrat cum alia ciuili actione famosa, puta actione de dolo. *l. 1. ff. de his qui not. infa.* Sic si debitor actione ex stipulatu conuentus soluit æs pro auro, quia ex hac causa actio de dolo famosa competit, erit & crimen stellionatus famosum. Similiter si quis merces quas mihi debebat ex stipulatu, dolo malo corrupit, & sic tradidit, tenetur actione ciuili de dolo, quæ est famosa. Igitur & hoc casu erit iudicium stellionatus famosum. Si verò actio quæ cum hoc crimine concurrit, non est famosa, crimen quoque stellionatus, non est famosum. Vt puta si venditor sciens rem alii obligatam, dissimulata obligatione, per calliditatem alii distraxit, aut debitor rem alii obligatam alii sciens dolo malo pignorauit, his casibus non datur actio de dolo, sed pignoratitia contraria, quæ actiones non sunt famosæ. Ergò nec crimen stellionatus erit ex iis causis famosum. *l. tutor. 16. §. 1. l. si quis in pignore. 36. §. sed & si quis. ff. de pig. act. l. statuliberum. 9 §. 1. ff. de statulib. sec. l. infamem 7. ff. de publ. iud.* vbi dicitur, quod quando publicum iudicium seu crimen concurrit cum priuato iudicio, quod infamiam irrogat, tunc etiam iudicium publicum infamiam condemnato importat. Ita post Accursium distinguunt *Cuiac. lib. 10 obs. c. 26. Duar. lib. 1 annuc. disput. c. 42. Ioannes Robert. lib. 4. sentent. iur. c. 17.* Aliter sentit *Anto. Faber lib. 4. coniect. c. 2.* qui crimen hoc stellionatus

ſtellionatus ſemper famoſum eſſe contendit, & *in d.l.2.ff. Stellion.* expungit negationem.

ASSERTIO LX.

Reus accuſatus in criminalibus cauſis, præcedente iuramento calumniæ de veritate dicendâ, poſitionibus accuſatoris reſpondere non tenetur.

PROBATVR & ſtabilitur hæc concluſio *in c.quis aliquando. de pœnitent. diſt.1.& in c.ſi peccauerit.2. quæſt.1.* vbi habetur, quod quis non tenetur ſe prodere & proprium delictum manifeſtare. text. *in l.1.ff.de bon. eo.qui ſibi mort. & in l.quicunt maior.§.ſi patris.ff.de bon.liber.& in l.tranſigere C.de tranſact.* vbi ſtatuitur, quod qualitercumque licitum eſt vnicuique ſanguinem ſuum redimere. Hanc etiam opinionem probat. text. ſingularis *in l.4.ff.de teſtib.* vbi conſanguineus intra certum gradum ibi definitum non cogitur dicere teſtimonium contra conſanguineum. Ergò multò minus ipſe delinquens accuſatus non debet cogi dicere contra ſe teſtimonium. Hanc ſententiam defendunt *Bald. in l.2. §. quod obſeruari. C. de iure. calum. Hippo. de Marſ. in pract.crim.§.poſtquam.1. col.Iul.Clar.in pract.§.vlt.quæſt.45.verſ.ſed quæro.* Contrariam ſententiam ſequitur *Gomeſ.tomo.3.variar.reſolut.c.12.de probat.delict.nu 5.* Adde pro prædictâ ſententiâ hanc firmam & euidentem rationem, quod judex non debet à reo exigere iuramentum, ex quo præſumtio periurii exurgit, & periculum lædendæ conſcientiæ emergit, arg. text. *in c.clericos. de cohab.cler.& mulier.* Atqui in hoc caſu maxima daretur occaſio periurii, quia reus non præſumitur facilè tale teſtimonium contra ſeipſum perhibere, ex quo ſibi ipſi poſſet creare pœnam mortis, vel aliam grauiorem pœnam corporalem.

Sed in contrarium adfertur. *l.1. & 2. C.de iura.calum.* vbi traditur quod generaliter in omnibus cauſis tam ciuilibus quam criminalibus habet locum iuramentum calumniæ, cujus duo ſunt principalia ſubſtantialia membra, primum eſt, quod actor ſeu reus iuret ſe fouere iuſtam cauſam; ſecundum eſt, quod interrogatus in qualibet parte litis dicet veritatem. Reſp. Iſtæ leges debent intelligi in iuramento calumniæ reſpectu primi articuli, quod ſcilicet iurent litigantes ſe fouere iuſtam cauſam, & dolum vel calumniam in lite non commiſſuros. Non verò tenentur iurare, quod interrogati adſtringantur reſpondere de veritate dicenda.

Secundò obiicitur *l.Marcellus §.1.ff.Rer.amot. & l.lex Cornelia 5. §.hac lege.ff. de iniur.*

de iniur. vbi traditur, quod in actione rerum amotarum, & iniuriarum, quæ descendunt ex delictis, habet locum delatio hujus iuramenti. Resp. Illæ leges habent locum in iuramento iudiciali, quod defertur à parte parti, & imponit finem liti & causæ institutæ, aliud verò obtinet in iuramento calumniæ de veritate dicendâ.

Tertiò opponitur *l.3. §.ex quacunque ff. de iure iu.* vbi asseritur, quod in qualibet actione, siue rei persecutoria, siue pœnali, cogitur quis iurare. Resp. Ille locus intelligendus est de iuramento litis decisorio, quod iudiciale vocant D D. quo totalis dirimitur, non verò de iuramento calumniæ. Deinde procedit ille text. in causis ciuilibus tantum, non in criminalibus, nam in hisce causis decidendis non est locus delationi iuramenti, sed actor crimen quod intendit, liquidissimè docere, & probationes meridiana luce clariores adferre tenetur. *l.vlt. C.de probat.*

Quartò aduersatur *l.1.& totus.tit.ff. de quæst.* vbi statuitur, quod per tormenta cogitur quis respondere de veritate, super facto proprio, ergò à fortiori tenetur respondere interrogatus cum iuramento. Resp. Hoc locum obtinet, quando reus iustis suspicionibus est grauatus, & de delicto grauiter diffamatus, tunc enim quia contra illum vehementes militant præsumtiones, tenetur se à præcedente diffamatione & iustis suspicionibus purgare, ac præstito iuramento calumniæ veritatem syncerè confiteri; licet ex hoc incurreret pœnam mortis.

ASSERTIO LXI.

In criminalibus iudiciis ex solis præsumtionibus nemo condemnari potest.

QUÆSITVM est à D D. vtrum ex argumentis & præsumtionibus reus, qui neque confessus, neque conuictus est, condemnari possit. Et verior, legibusque magis est consentanea sententia, quod ex indiciis & præsumtionibus reus aliqua pœna condemnari non possit, sed tamen quod verisimilia indicia & probabilia argumenta ad torturam sufficiant. Quod si verò conditio causæ vel personæ id non patiatur, reus est absoluendus. Prima pars decisionis probatur per *l.qui sententiam.C.de pœn.& l.vlt. C. de probat.* vbi statuitur, quod in criminalibus causis non est perueniendum ad pœnalem sententiam, nisi reus fuerit maleficium confessus, vel clarissimis probationibus conuictus. His addenda est *l. absentem. ff. de pœn.* vbi expressè traditur, neminem ex solis suspicionibus de crimine esse

damnandum. Altera pars decisionis fundatur *in l. milites. §. oportet. C. de quaestio.* vbi dicitur argumentis verisimilibus & legitimis inditiis conuictos, inuestigandae veritatis gratiâ tormentis esse subiiciendos, si personarum conditio hoc patiatur. Huc facit *l. vnius. 18. §. reus ff. de quaest.* vbi Paulus I C. inquit, quod reus euidentioribus argumentis oppressus in quaestionem repeti potest. Non dicit condemnari debet, sed iterum torqueri, si in tormenta animum corpusque durauerit.

E contrariò quod ex solis praesumtionibus quis condemnetur in criminalibus causis, probatur ex *l. si qui adulterij. 34. & Auth. si quis ei. C. Ad l. Iuliam de adult.* vbi statuitur, quod si quis repulit crimen adulterii, quia dicebat se consanguinitate junctum esse mulieri, si postea reperitur vxorem illam ducere in matrimonium, punitur tanquam conuictus de crimine adulterii. Respond. Hoc specialiter ibi constitutum est in odium eorum, qui cognationis praetextu adulterium caelare student. Vnde ad alios casus omnes id generaliter producendum non videtur.

Secundò in contrarium adfertur *l. 1. C. Ad l. Corn. de sica.* vbi ex graui percussione, ex quâ mors secuta est, tenetur quis poena homicidii, nisi probet non occidendi animo hominem à se percussum. Item *l. si non conuicij C. de iniur.* vbi si quis protulit in alium conuicia, tenetur actione iniuriarum, nisi probet se non iniuriandi animo dixisse. Resp. Illae leges non probant quenquam ex solis praesumtionibus esse damnandum, sed istud tradunt, vbi constat crimen homicidii vel iniuriarum esse commissum, reum esse damnandum, nisi ipse probauerit vera esse, quae ad defensionem suam allegat, veluti se casu vel defendendae vitae suae gratia occidisse, vel iniuriandi animum non habuisse.

Tertiò obstat *l. vlt. C. de probat.* vbi dicitur etiam inditia indubitata sufficere ad condemnationem in criminalibus causis. Resp. Ibi inditia non significant praesumtiones iuris, sed indubitata & necessaria seu certissima argumenta, quando scilicet lex aliquid praesumit, & statuit, & super eo certum ius fundat, quae vocantur praesumtiones iuris & de iure, vt in casu *legis. si qui C. Ad l. Iul. de adult.* vbi qui accusatus de adulterio, excusat se praetextu consanguinitatis, si postea cum eadem contrahat matrimonium, inducitur violenta praesumtio à lege, per quam condemnatur poena adulterii. Hanc sententiam, quod ex praesumtionibus non possit aliquis condemnari in causis criminalibus, amplectuntur *Gomes. tomo. 3. Variar. resol. c. 12. num. 25. Fachin. lib. 1. contro. iuris. c. 29. Oldendorp. in tracta. de probat. Duaren. c. 10. eod. tit.*

ASSER-

ASSERTIO LXII.

Etiam inuoluntaria quædam delicta coërcentur.

QUOD delicta inuoluntaria, hoc est, non consultò & data opera, sed per imprudentiam commissa, iure ciuili etiam coërceantur, demonstratur primò ex definitione legis tradita à Papiniano *in l. 1. ff. de legib.* vbi lex definitur, quod sit delictorum quæ sponte vel per ignorantiam committuntur, coërcitio. Secundò idem expressè & disertè confirmat. *l. 2. ff. de ter. mo.* vbi illi qui per ignorantiam vel casum fortuitum terminum agri loco mouerunt, vel lapides finales abstulerunt, verberibus coërcentur. Tertiò hanc sententiam comprobat *l. qui ædes. 9. ff. de incend. ruin. naufr.* vbi statuitur, quod qui casu quodam, non consulto data opera ædes struemue frumenti combussit, in eum est actio in duplum, vel si non est soluendo, extra ordinem coërcetur. Quartò confirmatur hæc sententia etiam iure diuino: nam vt *Deutero. cap. 19.* sancitur, lege diuina sex ciuitates, tres vltra, & tres citra Jordanem destinantur exilio voluntario, quo illi plectuntur, qui fortuitò & per imprudentiam homicidium commiserunt, & propter inuoluntaria homicidia in hasce ciuitates securitatis causa se recipientes à pœna mortis liberantur.

Sed prædictæ decisioni vehementer obstare videtur. *l. Diuus. 14. ff. Ad l. Corn de sica.* vbi traditur, quod in maleficijs voluntas non exitus spectatur, hoc est, si quis non habuit animum & propositum delinquendi, licet ille alteri iniuriam intulerit, vel damnum dederit, hoc factum, quia abfuit animus & voluntas peccandi, non meretur pœnam. Resp. Non solùm crimina & delicta admitti censentur consultò & data opera, seu per dolum, & malitiam ad delinquendum destinatam, sed etiam quandoque per imprudentiam & ignorantiam delinquitur, nam & in ignorantia quædam culpa interuenit. Quæ culpa tunc maximè punitur, si maxima & supina negligentia, vel lasciuia in peccando admissa sit. *l. 4. §. 1. ff. Ad l. Corn. de sicar.* Quinimò & in eum qui leuiore culpâ deliquit, competit ex lege Aquila actio. *l. qui occidit. 30. §. penult. ff. Ad l. Aquil.* Hinc & homicidium casu factum legibus punitur, vt manifestè probat. *l. aut facta. 16. §. euentus ff. de pœn.* vbi traditur, quod homicidia casu fortuitò admissa, seu ab homine clementissimo perpetrata in eum, quem quis nullo modo oderat, puniuntur voluntario exilio. Planè vno singulari casu, quando in homicidio omnis voluntas occidendi abfuit, censetur omninò pœna homicidij remittenda. Quod accidit, cum in colluctatione vel publico certamine, vel in

campo sagittatio; dum pugiles & sagittarij se exercent, aliquis alterum occîdit, quia gloriæ causâ aut virtutis, non verò contumeliæ aut injuriæ gratiâ videtur damnum datum, aut cædes perpetrata. text. est *in l.7.§.si in colluctatione. ff. Ad l. Aquil.* Quâ de re pulchrè Plato in suis legibus sanciuit, hoc modo. Si quis in colluctatione vel publicis certaminibus aliquem amicum occîderit, purus & insons esto. Eleganter *Cuiat. lib. obs. 19. c. 10.*

ASSERTIO LXIII.

Etiam cœptum sed nondum consummatum crimen punitur.

IVRE Romano non tantum effectus punitur, sed etiam conatus & voluntas. Vnde Seneca rectè scriptum reliquit *declam. 7.* scelera quamuis citra exitum subsederint, puniuntur. Quod & confirmatur *l. 1. C. Theod. Ad l. Iul. de amb.* hisce verbis. Pari sorte leges scelera puniunt, & sceleris voluntatem. Porrò & jure nostro Cæsareo expressis textibus approbatur hæc decisio, & primò per *l. quisquis. C. Ad l. Iuliam maiestatis.* vbi traditur, quod eadem seueritate, voluntatem sceleris, qua effectum puniri jura voluerunt. Secundò eadem sententia corroboratur in *l. 1. ff. de extraord. crim.* vbi statuitur, quod sollicitatores alienarum nuptiarum, etiam si adulterium perpetrare non potuerint, tamen propter voluntatem perniciosæ libidinis extra ordinem coërcentur. Tertiò conuincitur hæc assertio per *l. si quis non dicam. C. de episcop. & cleric.* vbi pari pœna plectitur qui rapuit monialem aut vestalem virginem, & qui nuptias ejus attentauit. Quartò hæc conclusio stabilitur ex eo, quod qui alienum seruum corrumpere tentauit, punitur in duplum actione de seruo corrupto, ideò quia consilium corruptoris ad perniciem probitatis serui introductum est, tex. est *in l. si quis. 20. C. de furt.* Quintò & consilium voluntasque sola proditoris patriæ punitur, licet crimen non sit peractum, cum talis sit læsæ majestatis reus in *d. l. quisquis.* Sextò solus conatus punitur in parricidio, quando filius venenum emit, vt patri daret, quamvis dare non potuerit. *l. 1. in fin. ff. Ad l. Pompeiam de parricid.* Denique certa & generalis juris regula est, quod in atrocioribus criminibus, quæ & naturali & ciuili jure damnantur, conatus & voluntas pro delicto punitur, licet delictum non sit ad exitum vel effectum productum. Ita notat gloss. communiter approbata in *l. 1. §. Hæc autem verba. ff. Quod quisque iur.*

Huius

Huius rei memorabile exemplum refert *Bodin.lib.4.de Repub.c.vlt.* vbi ita scribit. Cum nobilis quidam Normannus apud nos fraterculo sodali confiteretur se Franciscum Regem Galliæ occidere voluisse, nihil tamen ausum esse flagitiosæ voluntatis sponte pœnitere, sodalis reo confitenti ac scelus deprecanti, quantum quidem poterat, ignouit: eundem tamen paulò post ad Regem detulit, qui reum comprehensum ad curiam Parisiorum mitti jussit, Curia capitali supplicio, quasi perduellionis convictum, damnauit vbi subjungit Bodinus, Prudentius tamen, opinor, rex ignouisset quia cogitationis illius ac voluntatis, quam propter scelerum atrocitatem leges coërcent, hominem pœnituisset, ac sui ipsius proditor & accusator prius extitisset, quam accusaretur. per *l.cogitationis 18.ff.de pœn.*

Verum aduersatur huic sententiæ *d.l.1. §.1.ff. Quod quisq; iur.* vbi dicitur non rem cœptam sed perfectam & consummatam legibus puniri, Idem confirmat *l.impuberem 22. §.sed si ei seruo.ff.ad l. Corn. de fals.* vbi traditur, licet quis quo ad cogitationem animi nocens sit, tamen quia effectus non est secutus, pœnæ eximendus est. Quod & comprobat *l.cogitationis. 18.ff.de pœn.* vbi statuitur, quod cogitationis pœnam nemo pati debeat. Ex quibus omnibus liquidò paet, quod conatus jure ciuili non puniatur, quando crimen non est consummatum, & ad effectum deductum. Resp. Prædicta regula quâ definitur, quod cœptum & inchoatum crimen etiam puniatur, licet effectus non sit secutus, procedit tantum in delictis atrocioribus, atqui in leuioribus criminibus ex solo conatu pœna legibus non irrogatur sed ibi locum habet hæc regula, quod conatus non punitur pro delicto, quando injuria non habet effectum *d l.1.§.vlt.ff. Quod quisque iur.* &c. vbi hæc recitantur verba. Quid enim obfuit conatus, cum injuria nullum habuit effectum? Ita notat *Gl.* communiter probata in *l.1.§.1. ff. Quod quisque iur.* Assentitur *Cuiat.lib.15.obs.cap.25.*

Secundò objicitur argumentum ex Theologiâ petitum. Non est rationi consentaneum, vt cogitationes seu phantasiæ committendorum peccatorum, quæ temerè volutantur in mente & cerebro hominis, & tandem euanescunt, pro concupiscentiis damnentur, quarum sedes est in corde. Resp. Hic est quæstio de ejus generis phantasiis & cogitationibus, quæ dum mentibus obseruantur, simul animum cupidate mordent & feriunt, quandoquidem nunquam venit in mentem optare aliquid, quin simul cor excitatum saliat. Ita respondet *Caluin.lib. 2. Institut. Christ. relig. cap. 8. nu. 50.* Hinc *Theodoro Balsamo in cap. 4, Neocæsarianæ synodi* verè & scitè tradit, quatuor esse peccatorum gradus, Obiectum seu primum motum, luctationem, assensionem & actum. Priora duo quia primi animorum motus non sunt in nostra potestate, sunt extra noxam, posteriora

riora verò punienda sunt. Ita eleganter notat *Fornerius ad l. fugitiuus. 225. ff. de verb. signif.* Vide *Menoch.* de hac quæstione, *de arbitrari. iud. quæst. cas. 360.* vbi explicat conatus ad delictum quando & qua pœnę puniatur. Facit huc locus qui extat apud Arnobium. *lib. 8. contra Gentes*, dum inquit, Vos scelera admissa punitis, apud nos & cogitare peccare est.

ASSERTIO LXIV.

Si aliquis ex domo inimici sui euaginato & sanguinolento gladio profugit, isque mox repertus sit vulneratus aut interfectus, hoc sufficiens indicium est ad inducendam condemnationem.

COMPROBATVR hæc assertio ex eo quod traditur in *l. vlt. C. de probat.* vbi asseritur, quod in criminalibus caussis ad condemnationem sufficiant indicia certa & indubitata. Atqui hæc prædicta indicia prorsus censentur esse indubitata, quæ omninò mouent & arctant judicem ad credendum, ita quod non possit in contrariam partem inclinare. Si enim aliquis reperiatur esse occisus in domo sua, nec tamen testes adsint, qui viderint illum occidi, sed reperiantur aliqui, qui viderint inimicum ex domo ejus profugientem cum euaginato & sanguinolento gladio, certè hæc tria signa & indicia, quod inimicus fuerit, quod fugerit, quod sanguinolento strictoque gladio armatus fuerit, sunt apertissima & indubitata signa, quæ sufficiunt ad aliquem condemnandum pœna mortis. Ita tradunt *Bart. in l. 3. nu. 1. ff. de furt. Bald. & Salic. ad l. vlt. C. de probat.* qui referunt antiquum Doctorem quendam Bononiensem Piperatam nomine, publicè disputando hanc sententiam obtinuisse. Quæ etiam confirmatur hoc argumento, quod in causis criminalibus exigantur probationes non solùm ab accusatore; sed etiam à reo. *l. vlt. C. de abolit.* Itaque si aliquo casu reus tenetur probare, præcipuè hoc casu tenetur, quo contra ipsum tam violentæ & magnæ presumtiones concurrunt ex inditijs manifestis, quæ efficaciter animũ judicis mouere possunt ad condemnandũ. Denique pro hac assertione plurimum facit, quod cum inditia manifesta ad condemnationem inducendam sufficientia, non sint specialiter legibus prodita, consequens est, vt arbitrio judicis ea committantur. per *l. 1. in fin. ff. de iur. delib. l. 3. §. eiusdem. ff. de testib.* Vnde cum leges hæc inditia arbitrio & potestati judicis permittant, certè hoc arbitrium prorsus tolleretur, si ex tam manifes-

manifestis prægnantibusque & indubitatis signis & inditiis, non posset judex reum criminaliter condemnare.

Opponitnr huic decisioni *d.l.vlt. C. de probat.* vbi lex ait in criminalibus causis requiri indicia indubitata & meridiana luce clariora. Resp. Ea dicuntur inditia indubitata, quæ vrgent animum boni & constantis judicis ad credendum, eaque sufficiunt ad condemnationem etiam in criminalibus causis. Atqui hæc prædicta indicia certò inflectunt animum judicis ad fidem accusationi adhibendam. Neque enim requirimus in judicijs criminalibus tam necessarias probationes, vt sunt demonstrationes mathematicæ. Alioquim nemo vnquam condemnaretur, & nulla probatio sufficeret, cum & testes possint esse falsi, & instrumenta eudem vitio laborare. Ideoque in proposito casu putarem reum pœna capitali condemnandum, nisi indicia obiecta purgaret, & innocentiem suam ostenderet. Hanc sententiam tuentur ad. *d.l.vlt. Bald. Salyc. & nouissimè Pacius*: à quibus dissentit *Gandinus in tract. de malefic. rubr. de præsumtion.* Angel. *ad l.vlt. C. Quod met. caus.*

ASSERTIO LXV.

Mandans aliquem vulnerari, si sequatur mors ex vulnere, non tenetur ordinariâ pœnâ legis Corneliæ, sed arbitrariâ.

ARGVMENTVM hujus decisionis hoc est, quia in lege Cornelia non punitur culpa, sed dolus. *l. in lege. 7. ff. Ad l. Corn. de sicar.* Atqui talis mandans non est in dolo, sed in culpa, quæ quidem culpa non sufficit, vt legi Corneliæ sit locus. Addi potest & hæc ratio, quia cum diligenter mandati fines in contractibus & priuatis negotiis sunt custodiendi, multò magis in delictis & criminibus mandati limites strictè & præcisè sunt obseruandi. Facit huc etiam *l.3. §. adiectio. vers. sed ex SCto. ff. d. tit.* vbi scriptum extat, quod ea jussa fuit relegari, quæ non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dederat, ex quo ea quæ acceperat, decessit.

Obijcitur *l. nihil interest. 15. ff. Ad l. Cornel. de sica.* vbi dicitur, nihil interesse, an quis occidat, an verò mortis causam præbeat. Resp. Hic mandans uon præbuit causam, sed tantum occasionem homicidij, quia jussit & voluit vulnerari, non occidi. Hæc duo, causa scilicet & occasio longè inter se differunt, Causa non potest esse sine effectu, sed occasionem quis potest præbere

præbere facto, licet factum vel euentus non sequatur. Contra solutionem instatur ex *l. qui occidit. 30. §. penult. ff. Ad l. Aquil.* vbi dicitur, quod qui occasionem damni præstat, damnum fecisse videtur. Resp. Hoc procedit in lege Aquilia, in qua non tantum dolus, sed etiam culpa punitur.

Secundò aduersatur *l. si quis aliquid 38. §. qui abortionis ff. de pœn.* vbi qui poculum abortionis vel amatorium alicui dedit, licet dolo caruit, tamen in metallum damnatur, & si homo ex eo perierit, vltimo supplicio adficitur. Resp. Illa res est plena mali exempli, & longè grauius est veneno hominem è medio tollere, multoque perniciosior est humano generi mors, quæ veneno infertur, quam quæ armis vel gladio intentatur. tex. est notabilis *in l. 1. C. de malefic. & mathem.* Ratio est, quia contra veneficia nemo sibi facilè præcauere aut prouidere potest. Atqui contra apertam vim armis intentatam vel fuga, vel iusta armorum defensione se quis tueri potest, & ita cædem violentam declinare, & vim illatam propulsare.

Vltimò obijcitur, quod vulgò dicitur, rei turpis nullum est mandatum, nec vires aliquas habet. *l. si remunerandi. §. rei turpis. l. si mandauero. §. qui aedem. ff. Manda.* Ergo nec mandanti delictum pœna extraordinaria est irroganda. Resp. Hæc non ita sunt accipienda, vt mandator impunitatem delicti speret, quasi non mandauerit, at eò pertinent, ne vllum ex eo mandato oriri possit iudicium inter mandantem & mandatarium, interim non obstat quo minus contra mandantem delictum eius nomine agatur, qui eius mandato vulneratus vel occisus est. Postremò notandum, quod aliud Iure Canon. decisum est, Ibi enim statuitur, quod si quis mandet aliquem vulnerari, & mandatarius occidat, quod mandans teneatur de occiso. *c. vlt. de homicid. in 6.* Cuius decisionis hæc ratio ibi redditur, quod mandans fuerit in culpa, & hoc euenire posse debuerit cogitare. Hanc decisionem tuentur *Fachin. lib. 1. contro. iur. cap. 36. Menoch. de arbitr. iud. cas. 352. Vaudus lib. 2. quæst. cap. 5.*

ASSERTIO LXVI.

Confessio vulnerati in articulo mortis, non est sufficiens indicium ad torturam.

QUOD confessio vulnerati in articulo mortis edita, non præbeat sufficiens indicium ad torturam, probatur manifestè per *l. 3. §. si quis moriens ff. Ad S C. Sylan.* vbi inquit Vlpianus non esse credendum domino, si moriens dixit à seruo vim mortis sibi esse illatam, nisi & hoc potuerit

potuerit probari. Si ergo morientis domini confessio non potest præiudicare vel periculum adferre seruo, ad hoc vt ex ea tormentis possit subijci, multò minus extranei morientis confessio grauabit alium, vt contra eum ad torturam procedi possit, præsertim cum sit immensa potestas domini in seruos, & sint eis seruorum mores & facta maximè explorata. Et hæc sententia vsu forensi passim recepta & approbata est. teste *Claro in recept. sententiis quæst. 21. vers. assertio vulnerati. Menoch. de præsumt. lib. 1. quæst. 89. num. 79. Boër. 10. decis. 90. num. 7.*

In contrarium adfertur *l. vlt. C. Ad l. Iul. repet.* vbi dicitur, quod nemo præsumitur esse salutis æternæ immemor, præsertim in mortis articulo. Vnde nemo præsumitur facile mentiri, & alicui moriturus periculum capitis & vitæ velle inferre. Resp. Non est præsumendum morientem velle mendacium in alicujus perniciem proferre, & ita impœnitentem in peccato mortali discedere: Attamen nemo est tormentis & quæstionibus subijciendus, nisi certa & aperta argumenta & indicia sint in promptu, quibus judex sufficienter inducatur ad torturam decernendam. Non præbet autem certum & probabile indicium ad torturam morientis confessio.

ASSERTIO LXVII.

Fures de se confessi non debent de socijs per torturam interrogari.

FVNDATVR & comprobatur hæc assertio *in l. repeti. 16. §. 1. ff. de quæst. & l. vlt. C. accusat.* quibus legibus apertè deciditur, de se confessos non debere de aliorum criminibus per torturam interrogari. Subiungiturque ratio *in d. l. vlt.* ne cum propriam salutem in discrimen induxerint, aliorum vitæ intentent. Sed huic sententiæ repugnare videtur *l. Diuus. ff. de cust. & exhib. reo.* vbi in hæc verba rescribitur. D. Pius sub edicto proposuit, vt Irenarchæ cum appræhenderint latrones, interrogent eos de sociis & receptatoribus. Cum quâ sententiâ concordat *l. prouinciarum. C. de fer.* vbi statuitur, quod à latronibus proditio sceleratorum consiliorum per tormenta exquirenda est. Resp. Illæ leges disponunt & loquuntur de latronibus, qui à furibus distinguuntur: grauius namque & atrocius crimen est latrocinii quã furti, cum latrones vias obsideant, prædentur & diripiant per vim non solum bona viatorum, sed etiam in vitam eorum sæuiant, atqui fures clàm tantum bona & facultates auferunt. Itaque in crimine latrocinii possunt latrones interrogari de sociis, per tormenta de se confessi, quia tale

 crimen

crimen absque sociorum conspiratione rarò committitur, fures verò in caput sociorum torqueri non possunt. Hanc sententiam defendunt & tuentur *Salycet. in l. vlt. C. de accusat. Gomez. in vari. resol. cap. de probat. delict. num. 16. Fachin. lib. 9. contro. cap. 92.* Porrò ita demum debet confessus de crimine latrocinii super aliorum conscientia interrogari, si aliqua præcedat præsumtio, puta publica fama, tunc enim socio accusato iniungenda est criminis purgatio. *l. 1. C. de quæstio.*

Secundò aduersatur hæc ratio, quod congruit officio præsidis purgare prouinciam malis hominibus, *l. 3. ff. de off. præs.* ideoque debet iudex furem de sociis interrogare, præsertim cum talia furta sunt, vt sine sociis non committantur, vt scilicet alii quoque criminis participes puniantur Resp. Id debet præses curare & exequi juxta modos à iure permissos. Iura autem non permittunt de se confessos de aliis interrogari, nisi in criminibus exceptis, inter quæ furtum non numeratur.

Tertiò obijcitur *l. qui vltimò 29. in fin. ff. de pœn.* vbi traditur damnatos sæpe etiam ideò seruari solere post damnationem, vt ex his in alios quæstio habeatur. Resp. Intellectus illius legis restringendus est ad crimina excepta, iuxta mentem. *Salyc. in d. l. fin. num. 4.*

Quartò opponitur *l. prius. 17. ff. ad S C. tum Syllanian.* vbi traditur seruum de nece domini inquisitum, ob hoc solum, quod de se confitetur, posse de mandante interrogari, vt indicet cuius mandato fecit, prout asserunt & tenent *Thom. Grammat. decis. 28. num. 11. Menoch. de arbitrar. iud. cas. 474. num. 36.* Resp. Illa lex intelligenda est quando contra aliquem socium particularem, vel contra mandantem præcedunt indicia, quia tunc potest seruus de nece domini inquisitus nedum interrogari de consociis, verum etiam torqueri. Ita respondet *Lùdov. à Peguera in decis. criminalibus. quæst. 5. num. 10.*

ASSERTIO. LXVIII.

Iudex in arbitrariis criminibus potest imponere pœnam mortis.

QUÆRITUR & contenditur acriter à DD. An in criminibus, quæ iudicis arbitrio committuntur punienda, possit iudex extendere arbitrium suum vsque ad pœnam mortis naturalis. Et verior est sententia, quod iudex in criminibus, in quibus pœna ejus arbitrio infligenda committitur, possit imponere pœnam vsque ad mortem naturalem. Quæ

Quæ ſententia variis legibus confirmatur, & primò per *l. ſunt quædam. 9. ff. de extrad. crimin.* vbi eſt tex. expreſſus, quod iudex poteſt pœnam capitis, & ſic mortis infligere illi, qui alteri mortem minatus eſt. Secundò eadem ſententia confirmatur per tex. *in l. lex Iulia. §. hodie. ff. ad l. Iul. repet.* vbi ſtatuitur, quod iudex qui pecuniam accepit ad hominem necandum, vel calore iracundiæ contra innocentem pœnam mortis protulit, capite ſit puniendus. Tertiò ſuffragatur huic aſſertioni *l. ſacri legii ff. ad l. Iul. peculat.* vbi ſcribit Vlpia. proconſulem ſacrilegos plectere, vt aliquos ad beſtias damnet, alios igne comburat, alios verò in furcas ſuſpendat. Denique hanc ſententiam approbat *l. 1. & 2. C. de his qui latro. occul.* vbi contra eos qui latrones vel homicidas occultant, pœna mortis decernitur. Ex quibus legibus perſpicuè patet, quod in criminibus quæ arbitrio iudicis punienda committuntur, vel quibus pœna extraordinaria irrogatur, iudex pœnam ad mortem extendere poſſit.

Sed aduerſatur huic ſententiæ *l. 1 ff. de fur. balnea.* vbi dicitur quod fures nocturni puniuntur extra ordinem, verum eorum pœna non debet excedere opus publicum temporarium. Ideoque non poteſt pœna ad mortem in arbitrariis criminibus extendi. Reſp. Hoc fit propter criminis leuitatem, ſcilicet furtum, quia hoc iure ciuili non punitur capitaliter, vel pœna mortis. Atqui in grauioribus criminibus, vbi atrocitas delicti id exigit, judex vſque ad mortem pœnam extendere poteſt. Adde quod I Ctus *in d. l. 1.* limitet & reſtringat poteſtatem iudicis ad opus temporarium, cum ergò judex habeat poteſtatem limitatam, non poteſt pœnam à lege impoſitam excedere. Alioqui ſi tam magna eſſet grauitas & atrocitas delicti, vt mereretur mortem, licet iudici arbitrium ad mortem extendere. Sic ſi quis iudicem ſedentem pro tribunali vulneret, imò vel alapam ei infligat, pœna capitali propter atrocitatem criminis mulctari poſſet. Ita decidit *Bald. in c. 1. §. iniuria. de pac. iura. firm.* Approbat *Maran. in diſputat. legal. diſput. 3. num. 13.*

Secundò opponitur. *l. 1. §. expilatores. in fin. ff. de effracto.* vbi ſtatuitur iudicem poſſe ex arbitrio ſuo effractores, qui effringunt fores vt furentur, punire, eò quod in eos nulla ſpecialis pœna legibus impoſita eſt: ſed tamen non poteſt in plebēis excedere operis publici pœnam, in honeſtioribus verò relegationis pœnam. Reſp. Lex etiam in eo caſu reſtrinxit & limitauit poteſtatem iudicis, vt opus temporarium vel relegationem egredi non poſſit. Vnde in his caſibus; quibus iudicis poteſtas ad certam pœnam eſt reſtricta, iudex non habet licentiam procedendi vſque ad mortem ex arbitrio. Ad hæc generaliter ſtatuendum eſt, non aliter iudici licere pœnam vſque ad mortem extendere, niſi crimen ſit tam atrox & enorme, vt pœ-

nam mortis mereatur, vel nisi pro simili delicto commisso solet in illo loco infligi & imponi pœna mortis. *arg. l. sunt quædam vers. hanc rem. ff. de extra. crimi.* cuius verba sunt. Hanc rem solent præsides grauiter exequi vsque ad pœnam capitis, quia & ipsa res mortem minatur. Hanc sententiam amplectuntur *Maran. in Speculo aureo. disp. 3. Gomez. in var. resol. c. 6. de iniuria. nu. 8. Fachin. lib. 9. contro. c. 45. Menoch. de arbitr. iud. lib. 1. quæst. 86. num. 20.* Dissentiunt *Felin. in c. inquisitionis. de accus. Alex. cons. 121. in fi. lib. 7. Gravetta cons. 120. nu. 14. & cons. 224. num. 2. Decius* sibi contrarium *in l. qui iurisdictioni. nu. 9. ff. de iurisd. Afflict. decis. 276. nu. 9.* qui negatiuam sententiam defendunt, quod iudex non possit in arbitrariis arbitrium suum extendere ad pœnam mortis naturalis: sed contraria sententia magis est communis.

ASSERTIO LXIX.

Furiosus de delicto ante furorem commisso puniri potest.

DISCEPTATVR à DD. An si quis tempore sanæ mentis homicidium vel aliud delictum commisit, & postea in furorem incidat, an durante furore possit condemnari pœnâ mortis vel alia corporali pœna. Et verior, legibusque magis consentanea est sententia, quod etiam in ipso furore puniri possit, neque superueniens furor adferat illi delicti impunitatem. Quæ sententia apertis textibus & iustissimis rationibus confirmatur: Primò pro hac parte est expressus textus *in l. Diuus Marcus. ff. de off. præsid.* cujus verba sunt hæc. *Si verò vt assolet, interuallis quibusdam sensu sanior est, & fortè eo momento scelus admiserit, morbo eius non est danda venia.* Secundò probatur hæc decisio ex eo, quia cessat omnis ratio defensionis & excusationis, cum tempore habili & sana mente præditus deliquerit. Tertiò confirmatur hac ratione, quia in pœnis delictorum semper attenditur, qualis conditio rei fuerit tempore admissi criminis, non verò, quæ conditio fuerit tempore dicendæ sententiæ. *l. 1. ff. de pœn. l. iniuriarum. 21. ff. de iniur.* Quartò comprobat hanc sententiam, quod iure decisum extat *in l. vlt. §. sed cum antiquitas. C. de curat. furios.* quod si filius commiserit aliquam causam ingratitudinis, & post tempus furere cœperit, nihilominus exhæredari potest, qui furiosus est, quia sanus deliquit. Hanc sententiam defendit *Gomez. lib. 3. vari. resol. c. 1. nu. 70. & 72.* præsertim in hoc casu, si delictum sit valdè enorme. Quo loco subiicit, quod ex ista causa Serenissima Regina Castellæ

Castellæ fecit puniri hominem furiosum, qui intulerat vulnus Serenissimo Regi Ferdinando marito suo. Attamen in contrariam partem, quam notat magis esse communem postea inclinat. Hanc sententiam approbat *Vaudus lib.2. varia. quæst.c.7.* Dissentit *And.Gail.lib.2. Obs. c.110.* vbi tradit moribus nostris non obseruari, vt furiosus de delicto ante furorem commisso puniatur. Idque ea ratione, quia furiosus pro mortuo habetur. *l.bonorum 24. ff.Rem.rat.hab.* At mortuus non potest post mortem regulariter condemnari aut puniri. *l.defuncto.ff. de pub. iud.* Ergo nec furiosus post furorem puniri potest, quia mortuo similis est.

Aduersatur huic decisioni *d.l.Diuus.ff.de off.præs.l.pœna.§.sanè.ff.Ad l.Pomp. de parric. & l.infans.ff.Ad l. Corn.de sica.* Quæ leges vnanimi consensu statuunt furiosum ob commissa delicta puniendum non esse, tum quia fati infœlicitas eum excusat, tum quod satis grauiter ipso furore punitur. Resp. Istæ leges ita demum furioso impunitatem delicti indulgent, si eo tempore deliquit, cum furiis agitabatur, judiciique & voluntatis expers erat, & consequenter talis, qui delinquere nullo modo potuit. Tunc enim fati infœlicitas furiosum excusat, sicut infantem innocentia consilii. *d. l. infans.*

Secundò opponitur *l.2.§.furiosus.ff.de iur.cod.l.vbi non voce.124 §.vlt.de* R.I. vbi traditur, quod furiosus habetur loco absentis, atqui absentes in criminibus pœnâ mortis vel corporali condemnari non possunt. *l. absentem.5.ff.de pœn.* Ergo nec furiosi. Resp. Primò dicendum, quod fictè & in lata significatione furiosus loco absentis habetur: deinde in iis demum actibus & negotiis furiosi loco absentium habentur, in quibus consensus necessariò requiritur, vt puta in contractibus, testamentis, delictis, quæ quia non possunt iniri & committi nisi à consentientibus, & sano iudicio præditis, fit, vt in iis furiosi absentum loco habeantur. At verò, quia iudicia redduntur etiam in inuitum. *l.83. §.1.ff.de V.O.* hinc fit vt in iis furiosus non habeatur pro absente, quando scilicet agitur & pronuntiatur de delictis, quæ reus ante furorem, tempore sanæ mentis commisit.

ASSERTIO LXX.

Pœna non est minuenda ob id, quod à longo tempore delictum perpetratum fuit.

NON debet aliquis pœnæ diminutionem vel alleuationem consequi, eò quod multum temporis à perpetrato crimine intercessit. Non enim longi temporis præscriptione impunitas criminum acquiritur, imò crimina quo diutius impunita manserunt, grauius potius vlciscenda censentur. Sic enim ipse Deus cum humano genere agere solet. Lento namque gradu ad vindictam in hominum peccatis animaduerrendis diuina procedit ira, sed tarditatem supplicij pœnæ grauitate compensat.

Obijcitur huic sententiæ *l. si diutino. ff. de pœn.* vbi traditur, quod si diutino tempore aliquis in reatu fuerit, aliquatenus pœna subleuanda erit. Vnde colligunt Accurs. Bart. & alij DD. minuendam esse pœnam ei qui crimen admisit, si longum tempus præterierit à perpetrato facinore. Resp. Ea non est sententia legis, quod criminis pœna sit subleuanda propter temporis diuturnitatem, sed quod reus qui longo tempore in reatu extitit, hoc est in tristi & sordido statu constitutus, quo solent accusati de crimine & in reos relati constitui, hoc mitius puniri debet. Reatus namque est habitus, qui tristem vultum ac vestitum reorum declarat, in quo sunt rei, donec absoluantur vel condemnentur. Solent enim inter reos relati in conspicuâ & miserandâ quadam calamitate constitui, vt scilicet squalore & illuvie confecti, promissâ barbâ, capillo intonso, habitu pannoso & sordido incederent, & sic misericordiam judicum aucuparentur. Hic habitus pannosus & demissus status nomine reatus, non verò ipsum crimen significatur: *l. vlt ff. Ad l. Iul. Maiest. l. vlt. §. de illo. ff. de bon. eorum qui sibi mort.* Itaque *d. l. si diutino*, vult eum lenius puniendum, qui diutius in eo miserabili statu reatus fuit constitutus. Nam antiquis hæc diuturna & miseranda calamitas, pars pœnæ, nec injuria visa fuit. Ita respondet *Coras. lib. 2. Miscel. c. 20.* Vide larius de hac quæstione *Fachin. lib. 9. contro. c. 38.*

ASSER-

ASSERTIO LXXI.

Pœnæ capitalis appellatione vel mors vel deportatio continetur.

CAPITALIS pœna in jure dicitur, quando crimini vel pœna mortis naturalis, vel deportatio, quæ mors ciuilis dicitur, irrogatur. text. sunt expressi *in l. sed & si quis 4. in princ. ff. Si quis caut. l. edicto. §. rei capitalis. ff. de bon. poss. l. qui cum natu maior. 14. §. is demum. ff. de bon. liber. l. 2. ff. de pub. iud. l. capitalium. 28. ff. de pœn.* Atque hæc est communis & recepta DD. opinio, teste *Muscorno in tracta. de iurisd. num.* 88. Quæ sententia præter allegatos locos etiam luce clarius probatur *in l. licet. 103. de V. S.* in quâ disertè scribit in hæc verba Modestinus. Licet capitalis latinè loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis, mortis vel amissionis ciuitatis est intelligenda.

Porrò sunt interpretes qui diuersam sustinent sententiam, & statuunt pœnam capitalem de naturali morte tantum intelligendam esse. Vnde quoties judex pœnâ capitali reum damnauit, eum pœnâ mortis naturalis afficiendum esse defendunt. Quæ sententia non est recipienda.

Adferuntur autem pro contraria opinione hæc argumenta. Primò adducitur *l. sunt quædam. 9. ff. de extraord. crim.* vbi Vlpianus tradit pœna capitis eos esse puniendos, qui σκοπελισμὸν committunt, quia & res ipsa mortem comminatur. Responsio ad hanc legem facilis est. Nam verba ipsa, quia & res ipsa mortem comminatur, satis nobis indicant, eum de morte naturali pœnam capitis eo in loco intelligere voluisse.

Secundò opponitur *l. qui cædem. 16. ff. Ad l. Corn. de sica* in qua dicitur, eos qui cædem admiserunt, si in aliqua dignitate positi sunt, deportari, si vero inferioris gradus sint, capite puniri debere. Ibi pœna capitalis tantum de morte, non verò de deportatione accipitur. Resp. Capitis pœna strictè eo loco intelligenda est, quia ad deportationis differentiam apposita est. Eodem modo solui potest, quod obijcitur ex *l. fin. ff. de incend. ruin. naufr.* vbi eorum pœnæ distinguuntur, qui consultò incendium commiserunt, & alii bestijs obijciuntur, alij capite puniuntur, alij denique in insulam deportantur. Postremò in contrarium adfertur hæc ratio. Verba, præsertim cum dubii sumus, in propria atque naturali debent accipi significatione. *l. fin. C. de iis qui ven. ætat.* Sed capitalis pœna caput hominis propriè significat, ergo de illo intelligere est necesse, scilicet de amissione capitis, seu morte naturali.

naturali. Resp. Regula illius legis locum non habet, cum de pœnis infligendis agitur, quia benignior semper in pœnis irrogandis accipienda est interpretatio. *l. penul. ff. de pœn.*

ASSERTIO LXXII.

Pœna non debet egredi delinquentem, sed suos debet tenere auctores.

REGVLA hæc & legibus ciuilibus, & diuinis præceptis confirmatur & stabilitur. Sic enim Deus expressè per Prophetam *Ieremiam cap. 31. vers. 27. & Ezechielem cap. 18. vers. 2. & 20.* sanciuit, quod anima quæ peccauit, ipsa morietur, & filius non portabit iniquitatem patris, & pater non portabit iniquitatem filij. Hoc enim & diuinæ & humanæ iustitiæ consentaneum est, ne quisquam pro alieno delicto grauetur, & pœnas luat. Vnde & *in l. sancimus. C. de pœn.* statuitur, ne pœna transferatur in alios adfines vel cognatos, sed teneat authorem peccati. Ibi namque debet residere pœna peccati, vbi noxa est, id est, vbi delictum est admissum, nec vlteriùs debet pœna progredi, quam delictum perpetratum reperitur. *Concord. l. crimen. 26. ff. de pœn.* vbi sancitur, quod crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere potest.

Sed in hac quæstione pugnant duo loca sacræ scripturæ. Nam apud *Ezech. d. c.* 18. statuitur. Filius non portabit iniquitatem patris, sed quisque in peccato suo morietur. Contrarium affirmatur. *Exodi 20. vers. 5.* vbi Deus ait, se persecuturum iniquitatem patrum in filios in tertiam & quartam generationem. Resp. Hoc quomodo intelligendum sit, lex ipsa satis declarat. Nam additur odio habentes me. Verba textus quæ habentur *Ezech. cap.* 18. hæc sunt. Ego sum Deus æmulator, reddens iniquitatem patrum in filios, in tertiam & quartam generationem, iis, qui oderunt me. Vnde apparet non alios filios portaturos esse peccata maiorum, nisi qui illorum fuerint similes. Nam si ab eorum prauitate discedant, illorum peccata non portabunt. Hinc Deus *Deuter. cap. 24.* mandauit, ne filij pro parentibus occiderentur, aut parentes pro filiis. Vnde & pulchrè. Hieron. ait. Vindicat iniquitatem patrum in filios, non quod malos parentes habuerint, sed quod imitati sint patres. Tum enim filius portabit iniquitatem patris, quando ille itidem peccauit vt pater.

Secundò aduersatur locus *Iosuæ c. 7.* vbi non tantum Achas fuit occisus propter anathema quod sustulerat, verum etiam vna cum eo & filii & filiæ,

filiæ, & pecora. Resp. Hoc factum est singulari jussu Dei, nec legi in vniuersum latæ præjudicat. *Mart. lib. 2. loc. com. cap. 4. num. 35.*

Obijcitur etiam *l. quisquis. §. filii. C. Ad l. Iul. maiest.* vbi sancitur, quod filii reorum lesæ majestatis, h. e. quorum parentes contra Principem vel Remp. conspirarunt, graui pœnâ afficiuntur. Nam ex nullâ successione testati vel intestati possunt accipere aliqua bona, deinde perpetua infamia eos comitatur, neque ad vllos honores vel dignitates adspirare possunt. Resp. Singulari jure in filios reorum læsæ majestatis tam grauis & acerba pœna est statuta, partim quia in filiis, paterni, hoc est hereditarii criminis exempla metuuntur, partim verò vt alii hac grauitate pœnæ ab eo immani crimine, quod totum statum Reipub. vel ciuitatis euertit, deterreantur.

ASSERTIO LXXIII.

Ab interlocutoriâ sententiâ non appellatur.

TRADITVR passim in jure pro regula generali, quod ab interlocutoria sententia non appellatur, sed demum à definitiua, quæ decisio probatur *in l. ante sententiam. C. Quorum appellat. non recip. l. eos. §. super. C. de appel. l. vlt. C. de senten. l. liberis. 7. in fin. ff. de liberal. caus. l. apertissimi. C. de iudic.* Porrò in hac quæstione differentia obseruanda est inter jus ciuile & Canonicum, nam jure ciuili non appellatur ab interlocutoria. Jure Canonico verò non solum ab interlocutoria sententia, sed à quolibet grauamine licet appellare. *cap. super eo. 2. extr. de appel. c. 1. c. cum Romana. 3. de appel. in 6.*

Huic decisioni primò repugnat *l. 2. ff. de appel. recip.* vbi traditur, quod quoties judex in ciuili negotio decreuit quæstiones seu tormenta ad hibenda, vel in criminali causa contra leges hoc statuerit, tunc appellari posse etiam ante sententiam. Similiter obstat *l. arbitro ff. Qui satisd. cog.* vbi si per judicem interlocutum est, fideiussores à litigantibus datos esse idoneos, vel non, ab ea sententia appellatur. Resp. Quoties grauamen illatum per sententiam interlocutoriam non potest reparari per definitiuam, tunc permissa est apellatio ab interlocutoria, vt in prædictis casibus accidit: si verò potest reparari, est illicita appellatio.

Secundò obijcitur *l. intra vtile. 39. ff. de minorib.* vbi cum minor petiisset restitutionem in integrum, & probasset ætatem minorennem, judexque eum pronuntiasset esse minorem, ab hac interlocutoria licet appellare. Resp. sub distinctione. Aut talis est interlocutoria sententia, quæ perimit totum negotium, & tunc licet ab ea appellare, vt contigit *in d. l. intra vtile. & ibi Costal.* Aut interlocutoria sententia totum negotiũ non perimit, & tunc

non poterit ab ea appellari. tex. *in d.l. ante sententia. C. Quor. appel. non recip.* & ibi pulchrè notat additio ad glossam *l.2. C. de episc. audien.* Ita respondet *Bart. ad l.2. num.1. ff. de appel. recip.* Ita decidit quoque *Minsing. cent 3. Obs.35.* vbi notat quod quando interlocutoria sententia perimit totum negotium, tunc ab ea potest appellari. per *l. ait Prator. 7. §. per mittitur. ff. de mino.* vt puta quando judex pronuntiat vt debitores minorum soluant eis sine curatoribus, vel quando iudex pronuntiat se esse competentem iudicem, vel non, vel denique quando per sententiam interlocutoriam quis absoluitur ab obseruatione iudicii.

ASSERTIO LXXIV.

In criminalibus causis etiam admittitur appellatio.

PROPOSITIO hæc manifestè probatur *in l. eos. 6. l. addictos 29. C. de appel. l. addictos. 7. in fin. C. de episc. audien. l. non tantum. 6. ff. de appell.* Porrò manifestè conuictus & confessus de crimine non appellat, at confessus in criminali causa tantum, regulariter appellat. Idem est, si non sponte sit confessus, sed metu tormentorum: tunc enim quoque appellari potest. *l.2. C. Quor. appel. non recip.*

Opponitur primò *l. constitutionibus. 6. ff. de appellat.* vbi dicitur latrones, seditionum concitatores, & factionum duces non posse appellare. Resp. Ideò hi non appellant, quia interest Reipub. propter atrocitatem criminum, hos sine mora & statim puniri, ne suis factionibus & conspirationibus Rempub. opprimant. Sic ob similem causam raptores virginum & matronarum non appellant. *l. vnic. in fin. princ. C. de rapt. virg.* Item falsi monetarii *l.1. in princ. C. de fals. mone.* De generali tamen consuetudine Germaniæ in criminalibus causis non admittitur appellatio, vt notat *Wesenb. in paratit. de appell. recip. Ord. Cam. par. 2. tit. 28. §. Item nach dem auch.*

Secundò opponitur *l. si qua pœna 244. ff. de V.S.* vbi traditur, quod à pœnis non admittitur prouocatio: simul atque enim quis de aliquo crimine conuictus est, statim eius maleficii pœna, quæ à lege statuta est, debetur. Itaque si quis à pœna à legibus pro crimine statuta appellaret, videtur de iniquitate legum conqueri, quod non est admittendum. Resp. Hodiè pœnæ delictorum certò non sunt amplius legibus definitæ, sed potius consistunt in arbitrio & potestate iudicis, qui potest eas pro delicti qualitate & circumstantiis extra ordinem augere vel minuere. *l. hodiè 13 ff. de pœn.* Ideòque hodiè etiam in criminalibus causis seu pœnis delictorum admittitur de iure scripto appellatio. Ita tradit *Cuiat. lib. Obs. 8. c. 33.*

ASSER-

ASSERTIO LXXV.

Bella iure Diuino inter Christianos licita sunt.

QUOD sacris literis bella etiam Christianis permissa sint, variis & diuersis sacræ scripturæ locis demonstrari potest, sed ex multis tantum sufficiat hos tres adduxisse. Primò probatur hæc sententia ex *Luca cap.3.* vbi cum milites à Johanne Baptista consilium salutis expetiissent, responsum iis est, vt neminem concuterent, nemini iniuriam facerent, sed propriis stipendiis contenti essent. Si Christiana disciplina omnia bella damnaret, hoc potius consilium dedisset militibus salutis viam petentibus vt arma abijcerent, seque militiæ subducerent. Certè quibus proprium stipendium sufficere præcepit, militare vtique non prohibuit. Ita eruditè scriptum reliquit *D. Augustin. epist.5. ad Marcellin.* Secundò pro defensione hujus sententiæ adfertur locus ex *2. Samuel. cap.10.* vbi Joab tribunus militum populi Israelitici, & si euentum prælii in manu arbitrioque Dei esse agnoscit, non tamen inertiæ se dedit, sed aciem instruxit contra hostes, & quod sui officii erat, sedulò executus est, Domino autem permittit euentum moderari. Vnde sic proloquitur. Stabimus fortes pro gente nostra, & vrbibus Dei nostri, Dominus autem faciat, quod videtur bonum in oculis ipsius. Tertiò *Deuter.20.cap.* à Moyse militares leges præscribuntur in pugnis & obsidionibus. Nam conceditur Judæis, quibuscunque Populis, qui se in deditionem eorum dedissent, tributum imponere, eos verò quos obsidione caperent, gladio ferire & prædari. Quod tamen ita intelligendum esse constat, si belli inferendi justæ & probabiles causæ extitissent. Denique bellum etiam iustè & licitè ex ordinatione mandatoque Dei geri posse, patet ex definitione belli, quæ ita rectè traditur, quod bellum est dissensio hostilis, qua edicto Principis vi & armis scelera coërceantur, vt homines pacatè & tranquillè ex iustitia & pietate viuere possint. Bellum igitur, quod edicto Princips in eum finem indicitur, vt iustè pièque viuatur, iustum & licitum est. Hinc *Augustin. quæst.10. in Iosue* ait, ius esse petere bello gentem aliquam quæ neglexit corrigere id, quod turpiter est admissum, & addit belli causam iustam esse, si ablata per iniuriam non reddantur. Idem recitatur *in c.dominus 23.qu.2.* *Isidorus* quoque *lib.17.cap.1.* ait. Bellum rectè suscipi, vel de rebus repetendis, vel propulsandis iniuriis.

Contra hanc sententiam insurgunt Anabaptistæ; & prætendunt omninò non licere bellum gerere, & in eam rem proferunt argumenta quædam ex sacris literis, quæ ordine refutabo.

Primò objiciunt hoc modo. Bella suscipiuntur ad vindicandas injurias: sed non licet nobis injurias vindicare, ergo nec bellum gerere. Assumtionem probant. ex. *cap 5. Matthei*, vbi Christus inquit, Si quis tibi impegerit alapam in maxillam dextram, porrige illi & sinistram, si quis tibi tunicam eripuerit, dato illi & pallium, & postremò concludit. Nolite resistere malo. Item Christus Petro respondit, *Matth. 26.* Qui gladio ferit, gladio peribit. Resp. Hisce testimoniis & præceptis Christus eripit priuatis hominibns studium vindictæ, non verò magistratum exarmat, cui gladium dedit ad vindictam nocentium & laudem rectè agentium. *Rom. 14. vers. 4. 1. Petr. 2. 14.* Itaque in prædictis locis Christus instituit Apostolos, quos non erat facturus magistratus, sed missurus in orbem terrarum, tanquam agnos inter lupos: proinde docet, quid illos oporteat expectare, quod videlicet omnes qui in Christo piè viuere volunt, persecutionem pati cogantur. *2. Timo. 3.* Magistratui autem commendat gladiũ ad vindictam malorum. *Rom. 13.* Quod autem Christus Petro dixit, Recondegladium, qui gladio ferit, gladio peribit, justa de causa respondit, nam Petrus priuatus erat, & malo spiritu mouebatur. Adhæc Petrus erat constitutus à Deo pastor animarum, & præco Euangelij. Vnde non debuit priuatæ vindictæ gratia gladium stringere.

Secundò in contrarium adducitur locus ex *Matthæo cap. 7.* vbi Christus inquit, Nolite iudicare, & non judicabimini. At ille qui alteri bellum infert, eum contra quem pugnat, judicat, & vsurpat sibi munus & auctoritatem Dei, & judicat alienum seruum. Resp. Christus ibi non sustulit omne genus iudicii, sed illos reprehendit, qui aliorum errata tantum obseruant & diuulgant, non vt eos emendent; sed potius vt traducant & maledictis insectentur. Hoc quoniam ex odio, inuidia & superbia nascitur, Christus taxat. Idque Christum sensisse ex sequentibus apparet: dum inquit. Eiice prius trabem ex oculo tuo, vt videre possis & tollere festucam ex oculo fratris tui. Nam alias aperta delicta, vt furta homicidia & adulteria, si modo absit amarulentia & excandescentia, licet nobis condemnare, quia Deus ipse ea condemnat.

Tertiò adfertur locus *Pauli 1. ad Corinth. cap. 6.* vbi ait Apostolus, Jam igitur omninò impotentia in vobis est, quod iudicia habetis inter vosmet ipsos: quin potius damnum accipitis, quin potius iniuriam patimini: quod si non licet litigare, multò minus licet bellum gerere. Respond. Paulus non tollit omnia iudicia, sed tantum ea quæ exercebantur à Christianis apud tribunalia Ethnicorum magistratuum. Sed instatur contra responsionem. Imò Paulus prorsus à iudiciis homines reuocat, dum inquit, Cur non potius damnum sustinetis, cur non potius iniuriam accipitis. Resp.

Vult

Vult Apostolus, vt odium tantum & acerbitatem inimicitiarum, quæ in exercendis litibus interuenire solent, deponant litigantes. Alioqui, quod litigare liceat, apparet satis ex eodem Pauli loco. Is enim monet tenuiores homines in ecclesia deligendos, qui cognoscant fratrum causas.

Quartò depromunt aduersarii pro sua sententia locum *Ioan. cap. 14.* vbi Christus inquit, pacem meam do vobis. Item citant locum *Pauli ad Romanos 12.* Cum omnibus hominibus pacem habete. Si Christus nobis pacem suam reliquit, ergo non licet bellum gerere. Resp. Christus ibi per pacem intelligit pacem conscientiæ: Hanc Christus nobis pretiosa sua morte & resurrectione peperit: præterea mandauit etiam pacem hominibus inter se colendam, sed hæc nihil pertinent ad magistratum, vel gladium illi à Deo commissum.

Quintò adducitur locus ex *Esaia cap. 2. & Mich. 4.* vbi Prophetæ aiunt lanceas conuertendas esse in vomeres, & gladios in ligones. Resp. Istis verbis denuntiant Prophetæ summam pacem & tranquillitatem inter homines, cuius fœlicitatis habemus quidem in hac vita inchoationem quandam, sed complementum in vita æterna sentiemus. Et quidem si homines viuerent, vt Christianos decet, nihil opus esset gladio, vel armis neque bella vnquam inter homines excitarentur, si prout deberent homines, Christum piè sanctèque colerent.

Sextò & vltimò arguitur in contrarium, quod bella nostra spiritualia tantum esse debent, ideo *Paulus ad Ephes. 6.* instruit nos armatura Dei. Item *Paulus 2. ad Cor. c. 10.* inquit, Arma nostræ militiæ sunt spiritualia, quia non est nobis dimicatio aduersus carnem & sanguinem, sed aduersus cœlestes nequitias. Resp. Verum est, quod arma nostra sunt spiritualia, quatenus Christiani sumus, sed quatenus homines sumus, noluit Apostolus arma eripere magistratui. Quod autem subnectit Apostolus non esse nobis luctam aduersus carnem & sanguinem, hoc non absolutè, sed ex collatione accipiendum est, quod scilicet hæc lucta cum carne & sanguine nulla sit, si cum altera illa spirituali conferatur. Plura de hoc argumento solidè & doctè tractat *Mart. in loc. com. class. 4. cap. 16. & libro 2. Regum. cap. 2.* ex quo plurima me mutatum esse ingenuè profiteor.

ASSERTIO LXXVI.

Duella iure Diuino & humano sunt probibata.

DVELLVM est pugna duorum, suscepta ex pacto & mutuâ voluntate alterum occidendi, siue priuato consilio, siue publico permissu. Hæc duella primo iure Romano sunt prohibita, idque probatur per *l. vnic. C. de gladiato. lib.* 11. vbi Imper. planè prohibet, ne cruenta spectacula in otiis & quiete exerceantur, ideòque gladiatores omninò à Repub. excludit. Idem statuitur *in l. unic. C. Vt armo. vsus insc. Princip. sit interd.* vbi seuerè Imperator armorum portandorum siue mouendorum copiam, sine Principis veniâ interdicit. Idem statuit Imper. *in No. 85. de armis.* Fac. *l. in arenam* 11. *C. de inoff. test.* vbi prohibetur ne quis in arenam sponte prodire possit, vt cum aliquo pugnet, aut armis decertet. Ad hæc Jure Canonico in totum quoque duella districtè sunt interdicta. per *cap. 1. 2. & vlt. ext. de purg. vulg.* vbi planè duella inter Christianos prohibentur propter duas rationes: prima est, quia per ea sæpe innocentes & absoluendi condemnantur. Vincit enim in duellis plerumque non iustior, sed robustior, & exercitatior. Secunda est, quia cum huiusmodi probatio & diiudicatio causæ per duella sit dubia & fallax, per ea Deus tentari censetur, quia committitur salus publica vel priuata fortuito euentui pugnæ. *c. monomarchiam 2. q. 4. & ibi Glossa.*

Sed opponitur huic decisioni locus 1. *Samuel. cap.* 17. vbi sanctus & pius rex & propheta Dauid prouocauit Goliath ad duellum. Quod factum scriptura non improbat, sed prorsus commendat: testatur enim dicto loco Samuel, quod Dauid abstulit probrum ab Israële, & vindicauit præputiatum Philisteum, qui probro affecerat acies Dei viuentis. Resp. Dauid hoc fecit singulari reuelatione Spiritus sancti, & ex instinctu Prophetico. Igitur hoc singulare factum Dauidis non est imitandum, neque in exemplum trahendum.

Secundò arguitur in contrarium hoc modo. Sortes sunt licitæ, in quibus euentus causæ seu negotij committitur fortunæ. Ergo etiam permissum est calumnias & odia aduersariorum finire per euentum ancipitis pugnæ in duello. Resp. Hæc sunt valde dissimilia: primò quia in sorte non est periculum cædis, secundò non adhibetur sors in veritatis inquisitione, sed in diuisione rerum.

Tertiò opponitur. Jonas fuit ejectus ex naui ad euitandum naufragium ex judicio sortis. Ergo etiam de innocentiâ & vitâ hominis statuere licet ex euentu

ex euentu fortuito. Resp. Hæc sortitio & ejectio Jonæ fuit facta ex singulari instinctu diuino, & tamen cum formidine, ideoque non sine peccato nautarum est commissa.

Quartò aduersatur hoc argumentum. Prælio rectè licet decernere, vbi jure res non potest expediri. Ergo & monomachia. Resp. Negatur consequentia propter dissimilitudinem. Nam in bello totis viribus defenditur justitia, at in monomachiâ temerario fortunæ euentui causa committitur. Ita eleganter tradit *Vrsinus in exercitat. Theolog. quæst. 11.*

Quintò opponitur *l. 7. §. si quis in colluctatione. ff. ad l. Aquil.* vbi traditur, quod si quis in colluctatione aliquem occidit, non tenetur lege Aquilia. Resp. Ille §. loquitur de colluctatione facta in certamine publico, puta inter hostes, vel à Principe inter priuatos virtutis causa concesso, eo casu permittitur duellum. Jure tamen Canonico istæ concertationes virtutis causa interdictæ sunt. *c. 1. & 2. ex de torneament.* Alciatus aliter in libro de singulari certamine respondet, ideò colluctationes esse permissas, quia vix in eo ludo quisquam occidi poterat. Non enim armis aut fustibus, sed pugnis, calcibus, cubitis, nudi & in cœno vel arena se volutantes & inuicem supplantantes certabant.

Vltimò objicitur ex jure feudorum. *c. de pace tenend. & ejus violat. §. si quis hominem*, vbi Jmp. Fridericus permittit, vt si quis homicidij ab aliquo accusetur, & si se innocentem asserat, possit se duello purgare. Resp. Eo tantum singulari casu permisit Jmp. duellum, quando quis non voluntariè sed casualiter, & ad vitæ suæ defensionem cœdem admisit, videlicet si ab altero prouocatus ad pugnam, vitam suam defendit duello, & ita ad sui defensionem tantum duellum conceditur. Quod cunque enim quis ob tutelam sui corporis fecit, id jure fecisse existimandus est, *l. vt vim. ff. de iust. & iur. l. 1. C. Vnde vi. Iaco. de Belvizo ad d. §. si quis hominem.* Itaque cum hoc singulari casu tantum pro innocentiæ suæ probatione, & in casu necessariæ defensionis admittatur duellum, in contrarium obtinet jus commune, quo omni jure tam diuino quam humano duella sunt prohibita, & ne quidem à magistratu concedi debent, quia injustæ cædes innocentum ex duello oriuntur, quas magistratus præcauere & auertere debet. Vide latius de hac quæstione disputantem *Martyrem, in loc. commun. clas. 4. cap. 18. De singulari certamine seu duello, & lib. 1. Samuel. cap. 17. Bodin. lib. 4. de Repub. cap. vlt.* vbi notat quod Henricus II. Rex Galliæ, qui monomachiam decretam, magno illustrium virorum concursu terminari non sine acerbissimo dolore viderat, lege perpetua in posterum controuersias duello dirimi vetuit Anno 1584. additque ibi, Bodinus quod legibus Hispanorum duelli nulla iusta causa probatur.

ASSER-

ASSERTIO LXXVII.

Quælibet ciuitates tempore necessitatis subditis suis collectas imponere possunt.

VNAQVÆQVE ciuitas, vniuersitas, collegium, licet non habeat regalia, tamen tempore necessitatis ciuibus suis collectas imponere potest. Nam hoc non est de regalibus. Probatur hoc per *l.1.§.quod si nemo.ff. Quod cui vni. no.* vbi dicitur, vniuersitatem, societatem, collegium arcam communem habere posse. Similiter *in l. omnes. C. de oper. publ. Impp.* rescripserunt, incolas ciuitatum nouos muros debere facere, & veters firmius renouare, impendijs ad hoc ordinandis: hoc est collectis imponendis: vt *Bart.* interpretatur *in l.1. C. de mulier. & in quo loco lib.10.* Idem probat *Gloss. in d.l.1 §.quod si nemo, in verb. proconsul.* vbi inquit, Si nihil ciuitates habent commune, coguntur facere collectam, vt aliquid commune habeant. Idem tradit *Gloss. in No. quib. mod. nat. eff. sui. §. si quis igitur. in verb. persoluit.* Nota ait, quod villæ & castra sub ciuitate collectas facere possunt. Quod & disertè confirmat *Bart. in l. placet. nu.13. C. de SS. eccles.* dum inquit, Ciuitates quæ merum imperium præscripserunt, collectas imponere possunt. Idem *Bart in l. vnic. num.2. C. de superindicto. lib.10.* Ciuitas inquit, pro necessitate imponere collectas potest, & cogitur. Eandem sententiam amplectuntur *Bald. Iason. Angel. Alex. Castal. in l.1. ff. Quod cui vni. no.* vbi Angelus refert se hanc quæstionem Paduæ de facto habuisse & obtinuisse, quod villæ & ciuitates pro suis necessitatibus collectam indicere possunt. Sequuntur multi alij pragmatici relati *à Borcholt. ad. c. vnic. Quæ sin: regal. num. 53. & 54. in vsibus feudorum.* Sic vniuersitas potest imponere collectas pro dissoluendis debitis expediendis, litium impensis, & alijs similibus rebus. Similiter pro refectione & munitione viarum publicarum ciuitatis ciuibus collectæ imponi possunt, pro quantitate patrimonij. *Bart. in l.2. nu.3. C. de immunit. nemini conced. lib.10.*

Aliis interpretibus contraria sententia placuit, quod scilicet ciuitates jus imponendi collectas non habeant. Ita statuit *Alberic. in rubr. de mun. & honor. num.56. Iacobin. de S. Georg. in feud. super verb. cum mero mixtoq; imperio. nu.16.* Qui suam sententiam comprobant hoc argumento, quod impositiones collectarum sint de regalibus, ideoque soli Principi competant per *c. vnic. in verbo vectigalia. In vsibus feud.* Verum contraria sententia & verior est, & legibus magis consentanea, pluribusque DD. auctoritatibus confirmatur.

Nec

Nec obstat, quod impositio collectarum videatur esse de regalibus, ideoque solis Principibus non recognoscentibus superiorem, & Imperatori eas indicendi potestas videtur concessa. Nam quoties indicuntur collectæ extra casum necessitatis pro vtilitate publicâ, veluti vt donetur aliquid Principi in ejus nouo aduentu, vel ut noua aliqua domus pro ciuitate extruatur, tunc impositio collectarum est de regalibus, & soli Principi hos jus reseruatum est. Cum autem necessitatis causa collectæ imponuntur, tunc non pertinent ad regalia, & possunt imponi atque constitui à ciuitatibus absque Principis consensu. Ita vnanimi consensu receptum est à DD. referente *Guidone Papa in decisionib. Gratianopolitanis. quæst. 87.* vt testatur *Borcholt d. loco.*

Non obstat *l. vnic. C. de super indicto. lib. 10.* quæ videtur velle, quod nemo possit collectas imponere nisi solus Jmperator, aut nisi fiat cum consensu Jmp. vel Principis. Nam ille text. intelligi debet de collectis imponendis in toto imperio, & pro necessitate seu vtilitate publica totius imperii, sed pro necessitate vnius prouinciæ vel ciuitatis potest etiam ipsa ciuitas imponere collectas. *Borcholt. d. loc. num. 54.*

Denique notandum, quod solus princeps vel Imp. Romanus vectigalia imponit. *l. cum qui. 16. l. inter publica, 17. §. 1. de V. S. l. 3. C. No. vect. inst. non pos.* A ciuitatibus autem, præside vel curia constitui non possunt, *l. 2. C. No. vect inst. non pos. l. vectigalia. 10 ff. de publ. vect.* Hinc etiam rectè vectigalia seu telonia inter regalia computantur. *c. vnic. Quæ sint regal. In vsib. feud.* Ideoque vectigalia sine permissu Jmperatoris imposita, licita vectigalia non sunt, etsi decreto ciuitatum, vel à Præside aut curiâ instituta fuerint. *d. l. 2. C. No. vect. inst. l. 10. ff. de publ. & vectig.* vt tale vectigal non modò impunè fraudari possit. *Borcholt. d. loc. num. 47. Minsf. cent. 5. obs. 29.* sed etiam illud instituentes sine permissu Imperatoris. l. Julia de ambitu & l. Julia de vi publicâ teneantur. *l. vnic. ff. Ad l. Iul. amb. l. vlt. ff. Ad l. Iul. de vi publ. Borcholt. d. loco.*

ASSERTIO LXXVIII.

Ecclesiarum ministri ab ordinariis tributis & oneribus publicis non sunt immunes.

PERSONÆ ecclesiasticæ, vt sunt Clerici & ecclesiarum ministri, ab ordinariis tributis functionibus non sunt immunes, sed eas collationes seu contributiones non minus quam aliæ seculares personæ

præſtare tenentur. Ita ſtatuunt Impp. Honorius & Theodoſius *in l.placet 5.in verb. nihil præter canonicam illationem eis ingeratur.l. iubemus. 10.& l. ſeq. C: d ſacr. eccleſ.* Idem ſanciuit Imper. Conſtantinus *in l.3.C.de epiſco. & cleric.* Ab extraordinariis verò muneribus & collationibus eccleſiaſtici ſunt immunes, vt ab onere ſuſcipiendi hoſpites ſeu milites, & aliis ſimilibus *l.1.C. de epiſc. & cleri.* Ordinaria tributa ſunt, quæ habent certam annuam vel ſimilem præſtationem, & ſunt impoſita per conſtitutionem ſuperioris. *Bart.ad l.placet.5.num.13. C.de SS.eccleſ.* Talia ſunt tributa quæ imponuntur prædiis & poſſeſſionibus. Item vectigalia quæ indicuntur mercibus, ſunt ordinaria onera & realia tributa *l.Imperatores.ff.de publ.& vect.* Extrordinaria tributa ſunt, quæ non ſunt impoſita per conſtitutionem Principis, vel legem ſcriptam, ſed per motum ſuperioris indicuntur, neque habent certam formam *l.1.C.de vacat.publ.mun.lib.10.Bart.d.loco.* Confirmat hoc eleganter *Ambroſ.in 5.cap. Lucæ. lib.4.c.pen.* his verbis, Si tributum petit Imp. non negamus, agri eccleſiæ tributa ſoluunt. Si enim cenſum Filius Dei ſoluit, quis tu tantus es qui non putas ſoluendum. *Luca 17.*

Opponitur *Auth.Item nulla communitas.C.de epiſc.& cler.* vbi Imp. Fredericus ſub graui pœnâ, videlicet reſtitutione tripli interdicit, ne eccleſiaſticis perſonis vllæ exactiones vel collectæ indici poſſint. Reſp. *Bart.ad d.l.placet.num.35.* quod eccleſiaſtici ſiue clerici teneantur ad ordinaria & certa munera ſeu tributa, quæ ipſis rebus ſeu poſſeſſionibus indicuntur, ſed ad extraordinaria indicta tributa, ſicut aduenæ, ſeu peregrini, ita nec clerici tenentur. *d. l. placet. in verb. nihil extraordinarium hinc flagitetur C. de SS. eccleſ. l. jubemus 10. & l.neminem 11.C.eod.d.l.1.C.de epiſcop.& cler.* Ratio diuerſitatis eſt, quia ordinaria munera, vt ſunt tributa agrorum, item collationes ad ſternendas vias publicas, & pontes reficiendos, ipſis poſſeſſionibus & fundis, item vectigalia mercium rebus ipſis & mercibus imponuntur, at verò extraordinariæ contributiones indicuntur ipſis perſonis. Quia verò Clerici non ſubjacent juriſdictioni ſæcularium Principum, puta Regum, Ducum, Comitum, & liberarum ciuitatum, à quibus ſolis imponuntur huiuſmodi tributa & collectæ, ab his oneribus clerici ſunt immunes. Ab ordinariis verò tributis & vectigalibus, quæ non perſonis ſed poſſeſſionibus agris, & ædificiis, item mercibus imponuntur *d.l. Imperatores.ff.de publ.& vect.l.1. C.de indictiou.lib.10.* eccleſiaſtici non habent immunitatem. *Bart.ad d.l.placet. nu.32* Probatur hęc diſtinctio aperto textu, *in l.vlt.§.patrimoniorũ.ff.de mun.& hon.* vbi IC. Arcadius ait. Nā onera, quæ patrimoniis, poſſeſſionibus, & prædijs indicuntur, veluti agminales equi, & mulæ, angariæ atque veredi, quæ obſequia, qui neque municipes, neque incolæ ſunt, agnoſcere tenentur, ſi habeat bona, vbi petuntur, &, abs hujuſmodi muneribus, neq; primi pilaris,

pilaris, neque veteranus, aut miles, aut Pontifex excusatur. vbi *Gl. in verb. Pontifex notat.* Ergo neque ecclesia, neque clericus immunes sunt ab his oneribus & collectis patrimonialibus, quia vt prædia possideant, à lege humana est, sed quod pro ea ius primitiarum & decimationis habent, hoc est à lege Dei, & ideò pro suo Episcopo propriè Principi subsit.

Secundò obijcitur locus sacræ scripturæ, *Esdræ cap. 7. vers. 24.* vbi Artaxerxes Rex legem sanciuit, & statuit, ne vllis sacerdotibus Levitis & ministris domus Dei canonem aut vectigal liceat imponere. Resp. Exemplum hoc Artaxerxis non est lex, sed singulare quoddam priuilegium, quod isto tempore tantum Rex concessit Israelitis, vt facilius templum Jerosolymitanum ædificare possent, & in eo officium diuinum præstare. Ita respondet *Vrsinus lib. 2. exercitat. Theolog. quæst. 70.* vbi decîdit, quod si immunes sint ministri ecclesiarum certis in locis à tributis pendendis, beneficio magistratuum, debere eos vti ista commoditate grato animo, sin minus, non debere eos propterea contendere. Aliter ad prædictum locum Esdræ respondet *Martyr lib. 4. locor. Commu. cap. 2.* videlicet quod ideò mandauerit Artaxerxes ne sacerdotibus tributa imponerentur, quia illi agros non possidebant inter filios Israël, sed tantum viuebant ex sacrificiis, oblationibus, & decimis. Vide *Martyrem libro 4. locor. com. cap. 13. nu. 23. 24. & seqq. & Nicol. Euer. in loc. legal.* in loco à verisimili, vbi egregiè defendit clericos & ecclesias ab ordinariis tributis & vectigalibus principum non esse immunes.

ASSERTIO LXXIX.

Absens ex pollicitatione non obligatur.

ETIAMSI pollicitatio Reipub. fiat ex justa causa, vt oportet, tamen hoc non sufficit, vt producatur obligatio efficax, nisi fiat etiam promissio apud Rempub. vel præsentibus Reipub. curatoribus aut administratoribus *l. 9. ff. de pollicitat.* Non enim valet pollicitatio, quæ ab absente fit per epistolam *l. 5. ff. eodem*, sicut nec stipulatio contrahitur inter absentes per nuntium vel epistolam. *l. 1. in princ. ff. de V. O.*

Sed aduersatur huic decisioni *l. 2. ff. de pact.* vbi traditur, quod pactum rectè fit per epistolam, quam absens absenti mittit. Resp. In hoc casu differt pollicitatio à pacto, quia pacta legitimè inter absentes concipiuntur, pollicitatio non item. Hoc manifestè probatur ex definitione pollicitationis, quæ traditur *in l. 3. ff. de pollicitation.* quod scilicet pollicitatio sit offerentis promissum. Verbum offerre satis indicat, requiri præsentiam vtriusque partis. Nec enim absens absenti rectè dicitur offerre, sed præsens

præsenti tantùm, aut verbotenus, aut cautione interposita ex scripto per epistolam. *l. de die 25. in princ. ff. depos.* Ita eleganter docet *Cuiac. lib. obs. 26. cap. 19.*

ASSERTIO LXXX.

Fabulosa donatio Imp. Constantini Magni, quâ Pontifici Syluestro urbem Romam, cæterasque Italiæ prouincias falsò donasse fertur, iure non fuit licita.

QUOD donatio Constantini Magni, quâ Pontifices Romani suam dominationem & imperium stabilire nituntur, & falsò jactitant, quod Jmp. Constantinus Magnus Syluestro Pontifici, vrbem Romam cæterasque Italiæ vrbes & prouincias donauerit, prout habetur *in c. Constantinus. dist. 96.* ficta ementita & fabulosa sit, abundè & copiosè scriptis suis demonstrant *Nicolaus Cusanus, Laurentius Valla, Volaterranus, & Æneas Syluius,* aliique eruditi & fide digni authores, qui tamen alioqui Pontificiæ sedis strenui antistites & patroni extiterunt. Ita post alios nouissimè eleganter & dilucidè tradit *Baleus in tractatu de illustribus viris Angliæ.*

Præterea quod prædicta donatio nec de facto vnquam processit, nec de jure diuino aut humano subsistere potuit, hisce decem solidis & firmis argumentis comprobatur.

Primò quod hæc donatio fabulosa & notha sit, id ex ipsa inscriptione Canonis liquidò apparet: Nam prædictum *cap. Constantinus,* inscribitur palea à Compilatore Decretorum, quo apertè innuitur, quod suppositítius & adulterinus sit hic Canon, ut pote qui inter paleas iuris Canonici habeatur, & propterea fidem non meretur, neque in scholis vt ibidem Glo. notat, est legendus, cum non sit locus authenticus, sed inter paleas & zizania ab ipsis Canonistis referatur. Licet illa palea multum grani attulerit ecclesijs, ex quo in immensum eorum opes creuerunt. Confirmat hoc euidenter P*latina in vitis Pontificum, in vita Ioan. septimi.* hisce verbis. De donatione Constantini nihil certi habetur, paleamque iuris Pontificij periti appellant, quod sine frumento sit, quomodo de confirmatione constabit.

Secundò falsitas huius donationis inde apparet, quod optimi & fide dignissimi authores ejus donationis à Constantino factæ non meminerunt.

Tertiò

Tertiò confirmatur hæc sententia ex eo, quod *Eusebius* disertè scribit *lib.4. de vitâ Constantini Magni c.51.* quod Jmp. Constantinus Magnus vniuersum imperium suum, quod se ad extremas mundi partes extendebat, inter tres suos filios Constantium, & Constantinum & Constantem ita diuiserit, vt auita regna maiori natu filio, deinde Orientis partes huic ætate proximo, quod verò inter hæc medium interiacebat, tertio filio tribuerit. Ergo nihil Pontifici Romano relictum est.

Quartò comprobatur hæc decisio ex eo, quod traditur à Pontificibus *in d. c. Constantinus*, quod Jmp. Constantinus tribuerit Syluestro super quatuor sedes, Alexandrinam, Antiochenam, Constantinopolitanam, & Hierosolymitanam principatum, & denique super omnes in vniuerso orbe terrarum Ecclesias Dei. Atqui Constantinopolitana ciuitas tunc temporis nondum erat extructa, sed à Constantino primum fuit exædificata.

Quintò refutatur solidè hæc donatio, & dominatio in omnes Ecclesias orbis, Pontifici collata, hoc argumento, quia vsurpatio huius præeminentiæ & dominationis in vniuersas ecclesias, certa & infallibilis nota est Antichristi. Sic enim ipse Pont. Gregorius Magnus *lib.4. epistolarum, epist.32.34.36. & 38. & lib.7. epist.30.* scriptum reliquit, quod vniuersalis Episcopi nomen soli & vni Antichristi præcursori conueniat. Hoc autem nomen vniuersalis Episcopi, & capitis Ecclesiæ, primus Bonifacius quartus, ab impurissimo Jmp. Phoca circiter Annum Domini 607. sibi redemit; sub quo Jmp. vno eodemque tempore crudelissimum imperium Turcicum duce Mahometo, & idololatricum regnum Pontificium erectum & stabilitum est.

Sextò falsitas Constantinianæ donationis hinc liquidò demonstratur, quia tradere imperium, est iuramento obligare Senatum Romanum, & exercitus, vt illi obtemperent, cui imperium traditur. Atqui nec exercitus, nec Senatus tunc iurabat Romano Episcopo. Sed Imperatores Constantinus, Julianus, & Justinianus, aliique successores, soli fuerunt exercituum domini, qui & præfectos vrbis Romæ constituerunt. Deinde hexarchi Imperatorum vicarii fuerunt in Italiâ circiter annos centum sexaginta, à Justiniano secundo vsque ad Pipinum. Itaque historiæ testantur, Pontifices Romanos non tenuisse imperium vrbis Romæ, aut Italiæ. *Melanth. in Chronic. in vita Constantini M.*

Septimò etiamsi ex prædictis satis liqueat, nunquam fuisse factam donationem vrbis & prouinciarum à Constantino Imp. tamen etiamsi hæc potentia oblata esset Syluestro Pontifici, non licuit illi eam accipere in ea functione in qua constitutus erat, & successoribus tradere. Nam quilibet

debet officia suæ vocationis exequi, iuxta dicta S. Scripturæ. In hoc sitis ambitiosi, vt sitis quieti, & faciatis propria. Regis est gubernare exercitus, bella pacemque decernere, Pastoris autem seu Episcopi est verbo Dei docere, & instituere Populum sibi commissum. Itaque pastores destinati ministerio Euangelico, non debent etiamsi sibi offeratur, arripere politica imperia. Nemo enim militans Deo implicare se debet negotiis secularibus.

Octauò ex actis Pontificum, & aliorum historicorum monumentis abundè apparet, quod illa ambitiosa libido dominandi Pontificum, multa perniciosa schismata peperit in Ecclesiâ, & caussam præbuit, quod longæuo & infinito tempore duo Antipapæ simul imperarunt. De quâ re in hæc verba *Ferrariensis in practicâ suâ, in for. responsionis rei conuenti, in verb. præscriptionis*, eleganter scriptum reliquit. Schisma in Ecclesia Dei inde exortum, quod duo Papæ simul sunt creati, nunquam cessabit, neque Ecclesia vel Italia quiescet, quo ad Ecclesia ciuitates vel castra possidebit, & à Constantino donatio eidem facta (uti fertur) non fuerit per aliquem probum & potentem Jmp. penitus reuocata, cum non benè conueniat psalterium cum cithara, nec dictum sit à Christo nec à beato Petro, quod possidere debeant talia, sed quod est Cæsaris, reddatur Cæsari, & quod est Dei, Deo.

Nonò hanc donationem iure diuino non potuisse subsistere, neque iustè aut licitè Pontifices sibi vendicare iurisdictionem, aut merum & mixtum imperium in regna, prouincias vrbes, & ciuitates inde colligitur, quod Christus dixit Petro. *Matth. 26.* Conuerte gladium tuum in locum suum. Quicunque enim gladium acceperit, gladio peribit. Accipere autem gladium dicuntur, quibus à Deo non traditur, id est, qui præter vocationem gladio vtuntur, vt faciunt Pontifices Romani.

Decimò & vltimò confirmatur hæc sententia ex propriis Pontificiorum scriptis: sic enim refert *Gl. in can. 10. dist. 73.* Dum ergò potestates istæ Pont. & Jmp. distinctæ sunt, est hoc argumentum, quod Papa non habeat vtrunque gladium. Idem probat Papa Alex. 4. *in c. si duobus. ext. de appel.* vbi rescribit, quod in temporalibus non possit ad Papam appellari, quia temporalia iurisdictionem Papæ non attingunt. Quod & disertè confirmat *Krantz. lib. 9. histor. Saxo. c. 15.* dum inquit. Gladius spiritualis Pontificum nihil habet commune cum gladio seculari Jmperatorum, quia alter animam, alter corpus conficit. Quod & præclarè comprobat Ambrosius, dum inquit, Ad Jmperatorem pertinent palatia, ad sacerdotem Ecclesiæ.

Contra hanc assertionem pro confirmatione donationis ab Jmp. Constantino,

ſtantino, Pontifici Romano factæ, adferunt aduerſarii duo argumenta. Primum depromitur ex *c.vlt. Euangeliſtæ Iohan.* vbi Chriſtus Petro, & in eius perſona, omnibus verbi diuini miniſtris dixit, Paſce oues meas. Ergò Petro, aliiſque Epiſcopis data eſt etiam poteſtas politica imperia conſtituendi & tenendi. Reſp. Hic locus Chriſti non deſignat externum & politicum imperium, ſed tantum Euangelii miniſterium, quia alio loco, *Matth. ſcilicet 20. verſ.25. & 26.* Chriſtus taxans ambitionem Apoſtolorum, qui aliis dominari volebant, & ſic lites & diſſidia excitabant, in hæc verba reſpondit, Reges gentium dominantur, vos autem non ſic. Imò ipſi Canones Pontificum expreſsè dominationem & primatum in Eccleſiis damnant. Sic enim Gregorius Pont. *in c.multi. diſt.*40. reſcribit. Quicunque deſiderauit primatum in terra, inueniet confuſionem in cœlo, nec inter ſeruos Chriſti computabitur, qui de primatu tractauerit.

Secundò citant pro ſe Pontificii dictum, quod extat *Lucæ 22. verſ.38.* vbi Apoſtoli Chriſtum hiſce verbis alloquuntur. Ecce duo gladii hîc, ipſe verò dixit. Satis eſt, quæ ſententia citatur à Bonifacio VIII. Pont. *in c.vnam ſanctam. in extrauag. de obed. & maior.* quo loco probare nituntur Pontificii competere Pontifici duos gladios, ſcilicet externum & ſpiritualem. Reſpondetur. Ex hac voce non ſequitur Petrum armatum fuiſſe imperio: nam & ipſe Filius Dei præliari eum prohibet. Et cum Chriſtus inquit, Satis eſt, querelam ſignificat de duplici genere hoſtium, & perinde eſt, ac ſi dicat, Satis eſt & Pontificum & Pilati gladios aduerſus vos ſtringi. Ita eruditè reſpondet *Melanthon in Chronic. in vitá Conſtantini Magni.* Vide *Fr. Guicciardini hiſtoriam de bello Italico, libro 4. ſect.12.* vbi latè de eadem falſa donatione Conſtantini agit. *Bodinum lib* I. *de Repub.c.9.* vbi inter cætera inquit, Iohannem Digitorum, Conſtantini donationem quæ dicitur, aureis literis ſcripſiſſe, in cuius extremo hæc verba ſubijciuntur. Quam fabulam longi temporis mendacia finxerunt. Adde *Camerar. in ſucceſſiuis meditat. centu.1. cap.61.* vbi hanc hiſtoriam non illepidam refert, quod cum Veneti aliquando à Pont. Rom. interpellati eſſent, vt iuriſdictionis ſuæ in mari Adriatico ius & titulum oſtenderent, reſpondiſſe, eos Pontifices habere in ſuis archiuis, eaque facilè reperiri poſſe, ſi donationis Conſtantini membranæ pars exterior, in qua illa maiuſculis literis ſcripta eſſet, accuratius inſpiceretur.

ASSER-

ASSERTIO LXXXI.

Et iure naturali & ciuili fœminæ regni sunt capaces.

QUOD nec iure naturali nec ciuili prohibitum sit mulieri imperium exercere in subditos, patet ex eo, quod iure feudorum ad successiones regnorum, ducatuum & comitatuum etiam fœminæ admittantur, modo tamen filii masculi deficiant. *cap. vnico. § filia. de success. feud. in vsib. feud.* Eadem sententia probatur per *cap. dilecti 10. de arbitr.* vbi dicitur, consuetudinem moribus approbatam pro lege esse seruandam, quod in partibus Gallicanis fœminæ præcellentes in suos iurisdictionem habeant subditos, idque ea etiam attenta ratione procedit, quod consuetudo etiam secundum iura ciuilia iurisdictionem tribuit. *l. 1. & vlt. C. de emanc. lib. c. ex literis. de consult. l. 1. C. Quæ sit long. consu. l. an in totum 3. C. de ædif. priua.* Hujus rei quoque illustria exempla tàm in historiis diuinis, quàm prophanis extant. Sic enim legitur *Iudicum 4.* Deboram fœminam prophetissam, vniuersum Populum Israëliticum iudicasse. Sic in Anglia, Hispania, Scotia & Lusitania, regni sceptra etiam fœminis delata fuisse satis superque historiæ testantur.

Obijcitur huic decisioni locus in *Genesi c. 3. vers. 16.* vbi diuina lege sancitur, vt mulier sit imperio & potestati mariti subiecta, ergò ipsa non debet aliis dominari. Resp. Viris suis, id est maritis iubentur quidem lege diuina mulieres subesse, sed tamen non ideo cæteris parere debent: quinimò rectè subditis imperant, si iustè & legitimè regnum sit illis delatum.

Secundò videtur naturali iuri repugnare, quod sceptra imperii fœminis deferantur, cum plerumque à natura aptiores & magis idonei sunt ad imperandum viri, quam fœminæ, propter prudentiam, robur, & animi magnitudinem. Resp. Est quidem magis aptum ad imperandum genus masculinum quam fœminium, sed tamen non semper ex lege naturæ efficitur, vt ex bonis boni nascantur, ex malis mali, nec consequenter vt quicquid masculum gignitur, sit perfectius eò quod nascitur fœmininum.

Tertium argumentum colligitur ex *l. 1. ff. de legib.* vbi lex definitur esse prudentum virorum consultum: Vnde concludit Bart. fœminas non posse leges condere, & per consequens nec regni sceptra tenere. Resp. Possunt & fœminæ, reginæ seu principissæ in iis terris in quibus hæreditario iure dominantur, leges ferre: faciant id quidem prudentum virorum consilio,

consilio, sicut & leges, iustorum tamen vetitorumque authoritas est ab illis. *Co. nanus lib. 1. com. c. 4.*

Quartò aduersatur *l. 2. ff. de R. I. & l. vlt. C. de arbitr.* Vbi statuitur quod fœminæ ab omnibus officiis & muneribus publicis, imò & à magistratibus debent esse remotæ, idque ex hac ratione, quod pudori & sexui fœminino non conueniat virilibus officiis se immiscere, tùm quod propter pudorem & verecundiam eas cœtui publico demonstrari non deceat, vt ait Imp. Constantinus, *in l. 2. C. de his qui ven. ætat. impetrar.* Resp. Ista regula non procedit, si hæreditario iure regnum seu ducatus à parentibus seu maioribus, ad mulierem, filiam, fortè Regis vel ducis, sit delatum: quemadmodum in Reginis & Comitissis receptum videmus, tunc enim licitè & instè imperare possunt. per *d. c. dilecti. ext. de arbitr. Decius ad d. l. 2. nu. 3.* vbi refert Angelum vidisse Ioannam Siciliæ Reginam in solio sedentem, & sententiam protulisse contra dominos de Balso. Idem ante Decium refert Angelus *ad d. l. 2. & l. cum statur. §. vlt. ff. de iudic.* Similiter *4. c. Iudic.* Vniuersos filios Israël ad Deboram in iudicium abiisse legimus, eamque fœliciter annos XX. regnum Judaicum administrasse. Hanc sententiam quod fœminis iustè Regna & imperia tribuantur, defendit *Cabotius lib. 1. disput. c. 15.* à qua perperam dissentit *Bodinus lib. 6. de Repub. c. 5.* Confirmat & hanc decisionem, quod fœminæ regni sint capaces, dummodò aliter lex vel consuetudo patriæ non disponat. *Lipsius libro 2. Politic. cap. 3.* vbi in notis pulchrè ait. An Augustum pœnituit Liviam suam audijsse? Ferdinandum Hispaniæ Regem, Isabellam? cui fœminæ Consaluum, Canarias, nouum orbem, eiectos Mauros, & hanc magnitudinem suam Hispania in parte debet. Sic etiam nostro tempore vidimus regnum Anglicum sub prudentissimæ & pijssimæ reginæ Elizabetæ imperio non tantum opibus & longa pace floruisse, sed etiam Ecclesias habuisse rectè & piè constitutas. Quam sententiam etiam solidis & eruditis argumentis confirmat *Pet. Gregor. lib. 7. de Repub. c. 11.* vbi postquam in vtranque partem prolixè disputasset, an fœminæ sint regnorum & feudorum capaces, tandem concludit in partem affirmatiuam fœminas ad feuda vel regna esse admittendas, nisi specialis lex, vel consuetudo obstat.

ASSERTIO LXXXII.

Libri feudorum habent auctoritatem legis generalis.

QUÆRITUR ab interpretibus an libri feudorum in iudiciis ad decisionem causarum feudalium, & in scholis ad intentionis nostræ comprobationem, sicut reliqui libri ciuilis & Canonici allegari possint. Et statuendum est, quod feuda valeant apud nos, totoque orbe Christiano non minus quam ius ciuile, obtineant legis auctoritatem. Quod duobus apertissimis argumentis comprobatur. Primò certum est libros feudorum in imperio tacitè receptos & approbatos esse ab Jmperatoribus & Principibus, & eam approbationem tacitam sufficere, ac tanti momenti esse, ac si expressè essent approbati. Longo etiam tempore quod excedit hominum memoriam, passim hi libri non solum in imperio, vt in Germania, sed etiam extra imperium, vt in Gallia, Italia, Hispania, Lusitania, Belgio in Academiis lecti sunt & approbati, & in foro vsurpati, sciente & non contradicente Imperatore, Itaque tacita approbatione sunt recepti. Nullus Princeps potest causare ignorantiam huius iuris. Quod enim publicè fit, eius caussam nemo ignorare debet. *l. sed & si. §. proscribere. ff. de instit. act.* Itaque iura feudorum sunt consuetudines vniuersales, non solum approbatione imperiali, sed etiam tacito Populi consensu introductæ, quapropter omnes ligant. *Curt. in ia. par. tract. feud. quæst. 1. num. 12.*

Secundò tempus illud memoriam hominum excedens, jus facere dicitur, & æquipatatur priuilegio à Principe ex certa scientia concesso. *l. hoc iure. §. ductus aquæ. ff. de aq. quot. & est.* Relinquitur ergò vsus feudorum in imperio & extra imperium legis auctoritatem habere, non solum in seculari foro, sed etiam ecclesiastico: vnde etiam in corpus iuris ciuilis sunt insertæ. *Zaz. in proœm. feud. num. 3.* Longè enim omnem auctoritatem legum superat, id quod moribus vnanimi consensu per multa iam sæcula receptum est & approbatum. *l. de quibus. & l. seq. ff. de legib.* Hæc opinio eleganter defenditur à *Sonsbechio par. j. feud. nu. 22. Curt. d. loc. Zaz. in epit feudo. in præludiis. Fachin. lib. 7. contro. c. 2.*

Objicitur, quod auctores seu compilatores feudorum fuerunt priuatæ personæ, puta Obertus de Horto, & Gerardus Cagapisti, Consules Mediolanenses, qui non habuerunt actoritatem legis condendæ. Resp. Inter feudorum libros extant etiam Imperatorum placita & constitutiones, editæ & promulgatæ ab Impetatoribus, Lothario, Conrado, Henrico, & Friderico, qui supremam habuerunt potestatem ferendarum legum. Præterea

prædicti Jmpp. vetera iura feudorum in quibusdam locis correxerunt, multa addiderunt & detraxerunt, vnde tacitè cætera iura feudalia, quorum habuerunt notitiam, approbasse & ratificasse censentur. *arg. l. cum prætor. ff. de iudic.* Denique refert *Olden. in class. 4. de action. beneficiar.* quod hi diuturni vsus feudorum confirmati sunt per Jmp. Fridericum III. precibus Bononiensis collegii.

Secundò opponitur. Consuetudines insertæ libris feudorum sunt potius speciales certorum locorum consuetudines, quam vniuersales. *c. 1. §. fin. Qui feud. dare poss. in verb. aliter in curiâ Mediolanensi obseruatur. cap. 1. §. vlt. de alie. feud. pater. in verb.* Non est consuetudo Mediolani, licet contrarium præcipiat lex Longobardica. Ergò consuetudines locales non debent ligare vniuersos. *§. ius autē ciuile. Inst. de iur. nat. G. & ciu.* Resp. Istæ cōsuetudines feudorum postquam sunt in scripturam redactæ, & tacito Populi consensu confirmatæ, vim legis cœperunt obtinere. *l. de quibus. ff. de legib. §. ex non scripto. Inst. de iur. natur. G. & ciu.* Licet ergò à principio istæ consuetudines feudorum fuerint locales, tamen post quam sunt in scripta redactæ, & tacito Populi consensu vniuersaliter confirmatæ, vniuersales censendæ sunt. Ita respondet *Curt. par. 1. feud. quæst. 1. num. 12. & vlt.*

ASSERTIO LXXXIII.

In feudis non acquirit filiusfam. vsumfructum patri.

DUBITARI posset, quando filiusfam. acquirit feudum, an patri eius debeatur vsusfructus. Et verius est patri non acquiri vsumfructum. Ratio huius decisionis adferri potest duplex. Prima est, quia feudum cum detur propter seruitia militaria, est peculium castrense. Vnde Harmenopulus feuda rectè vocat στρατιωτικα κτήματα, id est militaria prædia. Atqui in castrensi peculio filiusfam. vsumfructum non acquirit patri, sed ea quæ occasione militiæ filio obueniunt, in solidum ad filium pertinent. *§. 1. Inst. Quib. non est permiss. fac. testa. l. cum multa. C. de bon. quæ liber.*

Altera ratio est, quia filius laborem fert præstando seruitia militaria: ergo æquum est, præmia, hoc est commoda feudorum ad eum pertinere.

Opponitur huic decisioni hoc argumentum. In quibus causis ius feudorum nihil nominatim constituit, seruandum est ius ciuile scriptum. *c. 1. §. strenuus. de feudi cognit. lib. 2. feud. tit. 1.* Sed ius scriptum vult omnia, quæ à filiofam. acquiruntur etiam laboribus & industriâ suâ, quo ad vsumfructum acquiri patri. *l. cum oportet, in princ. in verb. vel laboribus suis ad eum perueniant. C. de bon. quæ lib.* Ergo & vsusfructus feudi patri acquiritur. Resp.

feuda sunt bona castrensia, quia occasione militiæ dantur, atqui in peculiis castrensibus patri non debetur vsusfructus, sed filiofam. pleno iure acquiruntur. *l. vnic. C. de castren. om. palat. pecul. lib. 12.*

Secundò obijcitur, quod peculia castrensia non consistunt in bonis immobilibus. *l si fortè. & l. castrense ff de castrens. pecul.* Ideoque cum feuda consistant tantum in bonis immobilibus. *c. 1. In quib. caus. feud. amit. lib. 2. feud. tit. 23.* non possunt dici esse bona castrensia. Resp. In peculio castrensi possunt etiam prædia aliaque bona immobilia computari, quando scilicet filio in bello vel castris agenti, vel contemplatione militiæ ea prædia sunt donata. Tunc enim ea bona immobilia hoc modo data filiofam. dicuntur & censentur castrensia, & proinde in his bonis sicut & in feudis occasione militiæ filio concessis, excludetur pater quoad vsumfructum. tex. est *in l. 1. C. de castrens. pecul. milit. lib. 12. tit. 37.*

Tertiò mouetur hoc argumentum non parui momenti. Feudum nihil aliud est quam vsusfructus quidam rei immobilis *cap. 1. in fin. In quib. cau. feud. amit. lib. 2. feud. tit. 24.* Sed si vsusfructus filiofam. relinquatur, certum est eum patri acquiri. *l. vlt. C. de vsusfructu.* Ergo & feudi commoditas atque vsusfructus acquiretur patri. Resp. Procedit hoc argumentum quidem in simplici & proprio vsufructu, qui filiofam. relictus, debetur patri. Verum aliud obtinet in vsufructu feudi, qui non acquiritur patri, sed apud filium manere debet? Idque ex ea ratione colligitur, quia vasallus propter feudum domino seruitia præstare tenetur, atqui si careat fructibus & prouentibus feudi, non poterit commodè domino seruire. Hanc sententiam quod vsumfructum bonorum feudalium pater non lucrifaciat, amplectuntur & defendunt *Claudius de Sisell. & Zaz. in 4. par. tract. feud. Vulteius de feud. c. 4. Borcholt. c. 5. num. 48. Fachin. lib. 7. contro. cap. 77.* Dissentit *Sonsbeciuspar. 7. feud. num. 7.*

ASSERTIO LXXXIIII.

Minor sine auctoritate curatoris potest de antiquo feudo inuestire.

MINOR antiqui feudi renouationem sine auctoritate tutoris, curatorisve consensu facere potest? Quod probatur per *c. 1. Per quos fi. inuest.* vbi indistinctè Feudista dicit, quod inuestitura de veteri feudo etiam à minore fieri possit. Ita sentiunt *Borcholt in tract. de feud. cap. 5. nu. 40. Vulte. de feud. cap. 3. num. 7.* Contrariam opinionem tenent *Hoto. in d. c. 1. Per qu. fiat in vest. Duare. cap. 6. num. 19. Sonsbec. par. 6. num. 7.*

Obiicitur

Obijcitur *l. obligari. 9. §. pupillus. ff. de. auct. tuto.* vbi dicitur, quod soluere pupillus non possit sine auctoritate tutoris. Ergo nec potest absque auctoritate tutoris pupillus vel minor inuestire vasallum de feudo antiquo. Sonsbeccius vult minorem posse antiquum feudum renouare, siue de eo vasallum inuestire, si non habeat curatorem, alias si habeat curatorem, debet cum eius auctoritate de veteri feudo inuestire. Verior tamen videtur sententia, quod minores sine curatoris auctoritate de antiquo feudo inuestire possint, quia non videtur alienare, qui veterem alienationem confirmat, *l. 1. §. aquaeductus. ff. de aqu. quot. & aest.* & minor non alienat hoc casu feudum, sed quod alienatum erat à parentibus, iuris necessitate impellente approbat.

Secundò opponitur hoc modo. Quoties pupillus vel minor suam conditionem faciunt deteriorem, vel quoties obligantur ex aliquo contractu, tunc requiritur auctoritas tutoris, vel consensus curatoris. *Inst. de auth. tutor. in princ.* Sed pupillus concedendo feudum potest suam conditionem facere deteriorem, quia obligat se vasallo, nam ex concessione feudi mutua nascitur obligatio inter dominum & vasallum, ita vt quibus ex causis vasallus feudo priuatur, ex iisdem causis dominus proprietate priuetur. tex. sunt *in c. unico. §. domino. Si de feud. def. conten. sit. c. vnic. Qual. dom. feud. priue.* Resp. Minor & pupillus non faciunt suam conditionem deteriorem, sed meliorem, inuestiendo de feudo antiquo. Vtile enim est, atque interest minoris, quod semel debet soluere, & quod tradendum est semel, dare maturè, vt vasallum obligatum ad defensionem salutis suae ac fortunarum habeat maturius. Quod si intersit minoris feudum datum non esse, hoc casu sine curatore nulla intelligi videtur facta fuisse concessio, quippe cum nec liquidem debitum sine eo solui possit. *l. obligari. §. pupillus. ff. de auct. tuto.*

ASSERTIO LXXXV.

Fœmina feudum dare potest.

QVÆRITVR an fœmina feudum dare possit. Et respondetur quod possit. text. est *in §. fœminam. Per quos fi. inuest. lib. 2. feud. tit. 3.*

Sed obijcitur, quod dicitur *in c. vnic. in fin. De inuest. in marit. fac. & c. vnic. An apud iud. vel curiam dom. quaest. feudi deb. termin & c. 1. §. vlt. de prohibit. feud. alienat. per Frederi.* Eum qui feudum dat, habere iurisdictionem, quod in fœminam cadere non posse explorati iuris est, cum iure ciuili Romano fœminae ab omnibus muneribus & officiis ciuilibus & publicis arceantur.

 tur.

tur. *l. fœminæ ff. de R.I.* Resp. Inueterata consuetudo retinenda est, donec per contrariam consuetudinem tollatur. Moribus autem introduci potest, vt fœminæ magistratum gerant, & officio judicandi fungantur. *c. dilecti. ext. de arbit.* Sic vsu receptum videmus in Angliâ, Lusitaniâ, Hispaniâ, Scotiâ, vt fœminæ regia sceptra teneant. Ita Angelus Johannam Siciliæ Reginam sedentem in solio se vidisse refert, & ferentem sententiam contra Dominos de Balso. Notat *Decius ad d. l. fœminæ.*

Secundò obstat, quod fœmina feudi capax non est, & proinde quod ipsa non habet, alteri dare non potest. *arg l. nemo plus iuris. ff. de R.I.* Resp. Dubium non est, quin fœmina feudum habere possit, si ita expressè in inuestitura conuenerit, vt fœmina in feudo succedat, absque ea expressa conuentione in fendo succedere non potest. *cap. 1. §. filia. de success. feud. lib. 1. feud. tit. 8.*

ASSERTIO LXXXVI.

Duobus inuestitis de feudo is præfertur, cui prius possessio feudi tradita est.

QVÆRITVR, si duo de eodem feudo sint inuestiti, diuersis temporibus, & alteri primò tradita sit possessio feudi, quis præferendus sit. Et statuendum est, quod ille præferendus sit, cui prius dominus possessionem feudi tradiderit, licet alter prius sit investitus. Confirmatur hæc decisio, quia per traditionem demum acquiritur feudi dominium, ideoque antequam feudum sit traditum primo inuestito, illius dominium manet penes dominum concedentem feudum. *arg. l. penult. C. de rei vend. l. alienatum 67. ff. de V.S.* Ac proinde feudum per traditionem transfertur in eum qui postea inuestitus est. *l. qui tibi. C. de hæred. & act. uend.* Quinimò manifesta hujus sententiæ comprobatio extat *in l. quoties 15. C. de rei vend.* vbi statuitur, quod si dominus duobus diuersis temporibus eundem fundum vendidedit, ille potior est & præfertur in dominio fundi, cui prius possessio fundi tradita est, licet alter prius fundum emerit. Hæc cum ita jure communi sint constituta, nec contrarium vsu feudorum sit statutum, videtur inhærendum juri communi. *arg. c. 1. de feudi cognit.*

Duo argumenta contra hanc sententiam adferuntur. Primum est, quod feudum alicui concessum, non potest ei sine justa causa auferri. *c. 1. de feudo sine culpa non amit.* Ergo non licet domino, postquam vnum inuestiuit, alium inuestire in eodem feudo, quia videtur feudum priori datum

adimere

adimere sine justa causa. Resp. sub distinctione. Aut dominus aliquem inuestiuit in feudo, tradendo ei possessionem corporalem, quæ dicitur inuestitura propria, & tunc non potest ei feudum adimere, & alteri dare, sine justa causa. Aut dominus concessit alicui feudi inuestituram, per hastam, vexillum vel ensem, quæ dicitur impropria inuestitura *c. 1. Quid sit inuest.* & tunc tenetur quidem inuestitum in possessionem mittere, sed si id non fecerit, verum alterum de eodem feudo inuestierit, & illi possessionem tradiderit, hic posterior inuestitus præfertur, sed dominus tenetur primo inuestito, id quod interest, præstare. Quoties enim dominus non habet facultatem tradendæ rei venditæ, ad id quod interest emtoris condemnatur. *l. 1. ff. de action. empt. l. si traditio. C. eod.*

Secundò opponitur, quod in feudis idem operatur inuestitura, quod traditio rei. *c. Quib. mod. feud. constit. potest.* Ergo prior inuestitus de feudo adhuc præferendus est, licet non acceperit possessionem feudi. Resp. Quod dicitur, inuestituram idem operari, quod traditionem rei, intelligendum est, de vera & propria inuestitura, per quam possessio transfertur *c. 1. Quid sit inuestit.* Abusiua verò & impropria inuestitura non eundem effectum obtinet. Hanc sententiam, quod is, cui possessio feudi tradita est, præferatur priori inuestito, amplectuntur *Minsi. cent. 4. Obs. 61. Pistor. par. 2. quæst. cap. 29. Fachin. lib. 7. contro. c. 32. & 33.*

ASSERTIO LXXXVII.

Clerici in feudis non succedunt.

QVÆRITVR an clericus in feudo succedat. Dicendum est, verius esse eum non succedere cum fratribus suis Laicis patri in feudo. Ratio est, quia impeditus diuinis ministeriis, non potest domino seruitia personaliter præstare. *c. vnic. de vasal. mil. qui arm. bell. depos.* Probatur & apertis textibus hæc decisio. *c. 1. §. ex hoc. de feudo fæm. c. 1. §. qui clericus. Si de feud. defun. contén. sit.* Defendunt hanc sententiam *Pistor. part. 2. quæst. 35. Minsi. cent. 5. Obseruat. 48. Afflict. decis. 320.* vbi ita judicatum fuisse scribit. Dissidet *Scurff. cent. 1 consi. 68. Mart. Laud. in tit. qui feud. dare poss. §. & quia. num. 19* post plures alios quos refert.

Opponitur. *c. 1. §. vlt. de capit. Corradi.* vbi dicitur clericum rectè feudum accipere & possidere. Resp. Ab initio primum feudum rectè clericis confertur. Nam potest quilibet de rebus suis, vt est moderator & arbiter rerum suarum, gratiam facere quibus vult. Potest enim dare quibuslibet, quare ergo eodem modo clerico in feudum dare non posset, sed non potest

potest clericus succedere in feudo jam ante familiæ suæ concesso, quia factus miles Christi non potest esse miles sæculi. Est enim talis, qui jam seruire non potest. *c.1.de vasal.mil.qui arm. bell.depos. c.1 in fin. Aut mutus vel al. imperf.*

Sed iterum obijcitur, si in militiâ seruiendum esset in feudo nouo, jam non posset seruire, cum sit Christi miles. Resp. Hoc quidem verum est, sed jam seruiet per substitutum; Censetur enim hoc tacitè conuentum inter dominum & vasallum. Cum enim dominus daret feudum, sciuit eum non posse seruire in propriâ persona, sicut quoque in fœmina obtinet, cui feudum confertur, quæ nec in persona sua in bello seruire valet. *c.1. An mutus vel al. imperf.c.1.de feudo fœm.* Ita tradit *Afflict.sup. cit. decis. nu. 8.* Verum quod feudum successione acquirere non possit clericus, ideò est statutum, quia vasallus militi primò concessit, non clerico, & tali, qui suo proprio officio dominum juuare posset, sed nunc assumendo clericatum reddit se talem, quod officium domino præstare non valet, nec debet. Ergò non succedit in feudo. *l.in omnibus causis.de R.I.*

Tertiò opponitur, quod clerici per substitutum æquè seruire possunt, ideoque in feudo etiam antiquo succedent. Resp. Illi soli vasalli per substitutum seruire possunt, qui nullo vel naturæ vel juris impedimento excluduntur, quo minus per se seruire possint, text. est, *in cap.1.§.firmiter. de prohibit.feud.alienat per Frider.c.1 in fin. An mut.vel alit.imperf* vbi clerici æquiparantur surdis mutis, vel alias imperfectis & insanabilibus à natura, sed imperfecti tales natura, substitutum habere non possunt, secundum communem DD. opinionem, quia per se ipsi seruire non possunt. vt tex. inquit *in c.1. An mut. vel al. imperf.in fin.* Rectè ergò nec clerici substitutum habere poterunt, quia illis æquiparantur. Ita rectè decidit *Sonsbec.par.12.feud. num.144. Chass.in consu.Burg.in.§.5.in verb. excepte les religieux.tit.des fiefs.* Contrarium tenent Canonistæ, & tandem *Fridericus Schenck in c.1. de vasal.mil. qui arm.bell.depos.* Quod non videbitur alicui mirum, quia Canonistæ trahunt omnia ad suum molendinum, & ipse Schenck fuit Episcopus Vltrajectinus, magnus fautor & patronus clericorum. Vide etiam de hac quæstione variè differentem. *Fachineum lib.7.contro.c.35.* qui quatuor casibus tradit Clericos in feudo posse succedere: primus est, si dominus consentiat, & contentus sit, vt per substitutum seruiat, nec de præjudicio alterius, puta agnatorum agatur. Secundus est, si non præstandum sit seruitium personale, sed reale, puta annuus census pecuniæ, vel alterius rei. Tertius est, si feudum francum sit, pro quo nullum præstandum est seruitium. Quartus est, si feuda annexa sint dignitati Ecclesiasticæ. Ita accipiendus est tex. *in c.1.§. vlt. de capit. Corradi, & in c. verum. & c. ex transmissa. de foro compet.*

compet. Sic passim in Germania Episcopi, Abbates & alii Ecclesiastici Prælati feuda amplissima possident, annexa dignitati Ecclesiasticæ. Adde *Cacheranum decis.27.* vbi sex fallentias ponit, & explicat. Prima est in feudo franco & libero. Secunda quando expressè cautum est, præstari debere seruitium reale, seu etiam personale, dummodò honestè illud per Ecclesiasticam personam exhiberi valeat. Tertia est quando feudum esset ad omnem hæredem transitorium, puta quia in inuestitura dictum sit, pro se & hæredibus quibuscunque vel quibus dederit. Quarta est, quando clericus admitti vellet per modum successionis, non per viam inuestituræ, tanquam vocatus ex veteri inuestitura. Quinta est in feudis ecclesiasticis. Sexta in fratribus Hierosolymitanis. Ratio adducitur hujus fallentiæ, Quia omnino arma non deposuerunt, cum Deo seruiant in armata militia contra infideles.

ASSERTIO LXXXVIII.

Fœminæ in feudo emtitio non succedunt.

PROBATVR hæc decisio per regulam feudalem, quę sic habet. Quoties in certis partibus mutatur natura feudi, tunc in aliis partibus semper retinetur & seruatur feudi proprietas. *c. vnic. de feud. non hab. prop. nat.* Ergo licet feudi natura in eo mutatur, quod pecunia acquiratur, tamen in aliis partibus communem naturam feudi retinet, quæ hæc est, vt fœminæ à successione fundi arceantur. Secundò probatur per alteram certissimam regulam feudalem, quod fœminæ à feudis excluduntur, nisi nominatim illis pacto sit prouisum, vt succedant in feudo. *c.1. §. filia. de success. feud. c.1. de nat. success. feud.* Contrariam sententiam, quod in feudo emtitio fœminæ succedunt, licet pacto id non sit expressum, tenet *Odofred. in suâ summâ feudi. tit. Qui in feud. succedere possunt*, & conatur suam opinionem stabilire hisce argumentis.

Primò feudum emtitium non est propriè feudum, quia feudum non prætextu pecuniæ, sed ex amore & beneuolentia domini acquiri debet. *c.1. de feud. dato in vic. leg. commiss.* Ideoque nec leges quæ de proprio feudo loquuntur, in emtitio locum habere possunt, & proinde cum à successione feudi propriè sumpti arceantur fœminæ, consequens est eas in feudo emtitio, tanquam improprio succedere. *arg. c. 1. de feud. fœmin.* Resp. Licet feudum emtum non sit propriè feudum, quoad hoc quod pecunia acquisitum est, jure tamẽ feudi debet censeri, & in aliis partibus feudalibus, secundum regulas propriorum feudorum determinari. *arg. c.1. de feud. non hab. prop. natu.*

Cum ergo nusquam leges feudales excipiant feudum emtitium, debet secundum alias generales regulas feudi censeri, quæ fœminas à successione feudi excludunt.

Secundò in contrarium ita argumentantur. Quoties feudum emtitium est, acquiritur potius ex contractu emtionis, quam iure feudi. Atqui in contractibus hæc seruatur regula, quod contractus & pacta transeant ad hæredes tam masculos quam fœminas. *l. si pactum. ff. de probat. l. maximum vitium. C. de lib. prater.* Resp. feudum emtitium transit ad hæredes quidem, sed masculos tantum, non etiam fœminas, quia non amittit omnem suam naturam. Feudum enim manet & vocatur, licet emtum pretio fuerit. *c. 1. de natu. feud. in verb. vel nisi emerint feudum. c. 1. de feudo dato minini. valvas. c. 1. de benef. fratr.* Hanc sententiam quod in feudo emtitio fœminæ non succedant amplectuntur *Sonsbec. in 9. par. feud. num. 121. Minf. cent. 5. obs. 73. Fachin. lib. 7. contro. c. 37.* Dissentit *Curtius in tract. feudor. 3. part. princip. quæst. 1. num. 6. 7. & 8.*

ASSERTIO LXXXIX.

Feudo alienato à vasallo sine consensu domini, ne quidem 30. vel 40. annis præscribitur directum dominium, in præiudicium domini.

GRAVIS & ardua est quæstio, vtrum spacio 30. vel 40 annorum directum dominium feudi à vasallo consensu domini alienati præscribatur aduersus dominum feudi. Et verior probabiliorque est sententia, quod accipiens feudum à vasallo inscio domino alienatum, ne quidem 30. vel 40. annis illud præscribere possit. Hæc sententia primò manifestè probatur per tex. *in c. 1. vers. præterea, de capit. Corradi.* vbi Imp Conradus rescribit in hæc verba. Præterea liceat dominis omnes alienationes feudi factas, nulla obstante præscriptione reuocare, qui textus non posset esse clarior. Secundò hanc sententiam plenissimè comprobat. *c. 1. § unde Imperator. de prohib. feud. alien. per Frideric.* cuius hæc sunt verba. Nos ad pleniorem regni vtilitatem prospicientes non solum in posterum, sed etiam hactenus illicitas alienationes perpetratas præsenti lege cassamus & in irritum deducimus, nullius temporis præscriptione impediente. Quia quod ab initiò de iure non valuit, tractu temporis conualescere non debet. Quæ verba non possent esse clariora, vbi cum Imper. Fridericus statuerit illicitis alienationibus nullam omnino obstare præscriptionem, procul dubio voluit etiam ne quidem 30. vel 40. annorum præscriptionem obstare. Remoto

moro enim genere,& omnes eius species remouentur. Eamque fuisse Imp. sententiam, duæ vrgentes & efficaces rationes ab Imperatore subiectæ liquidò demonstrant. Prima est, quia istæ alienationes & tricennales præscriptiones feudorum, in summam imperii diminutionem & Reipub. interitum tendunt. Nam vasalli distractis bonis & sic feudis exuti, non possunt præstare dominis seruitia, per quod imperii vires maximè attenuantur, dum proceres milites suos h.e. vasallos ad expeditionem Principis traducere non possint, vt pulchrè habet *c.1. de probib. alie. feud. per Lotha. & c.1. de probib. feud. alie. per Frider.* Altera ratio est. Quia quod ab initio vitiosum est, tractu temporis conualescere non debet, quæ ratio etiam 30. annorum præscriptioni conuenit.

Obijcitur primo huic decisioni, quod omnis actio, siue in personam sit, siue in rem 30. vel 40. annis præscribatur, quæ longissimæ præscriptiones propter desides, rerumque suarum desertores sunt introductæ. *l. sicut. l. omnes. l. cum notissimi. C. de præscript. 30. anno.* Resp. Regulariter quidem verum est, actiones 30. vel 40. annorum spacio extingui: nisi specialis quædam lex extet, qua caveatur nullam omninò præscriptionem locum habere: atqui in hoc nostro casu omnis præscriptio ab Imper. in vniuersum prohibita est per *c.1. de capit. Corra. & c.1. de probi. feud. alie. per Frederi.*

Secundò obstat tex. *in c.1. § porrò. Qualit. olim feud. pot. alie.* vbi habetur, quod præscriptione 30. annorum dominus tam ignorans quam sciens à feudi repetitione submoueatur. Resp. Ille tex. non loquitur de illicita alienatione, sed tractat de tali præscriptione, per quam dominus excluditur à iure redimendi feudi, eo casu, quo alienatio valet. Deinde ante tempora Imp. Conradi poterat feudum pro parte vel totum alienatum 30. annis, vt ibi, præscribi. Verum Conradus & post eum Lotharius & Fridericus Impp. animaduertentes hoc cedere in detrimentum Reipub. postea simpliciter suis constitutionibus omnes præscriptiones prohibuerunt, iniquum existimantes, vasallos ex delicto compendium facere, dominos verò ex officio damnum sentire.

Tertiò opponitur. *c.1. § si quis per 30. Si de feud. def. conten. sit.* vbi dicitur, si quis per 30. annos prædium aliquod tanquam feudum possedit, & seruitium domino exhibuit, quamuis de eo non sit inuestitus, quod 30. annorum præscriptione se tueri possit. Si ergo 30. annis res allodialis vt feudum præscriptione acquiri poterit, à contrario sensu sequitur, quod feudo à vasallo alienato, saltem 30. annis dominus possit amittere feudum: vt scilicet præscribens pleno iure illud sibi acquirat, tanquam prædium allodiale. Resp. Longè diuersa hæc sunt, nec eadem militat ratio, quia aliud est, feudum vt rem allodialem præscribere, aliud feudum præscriptione

Ll 2 acqui-

acquirere, quia in casu. *d.§.si quis per 30.* non patitur Respub. detrimentum, sed augetur, quia tenetur iam seruire vasallus, secus in nostro casu, vbi periret seruitium. Præterea potuisset rem illam allodialem 30. annis vt propriam præscripsisse. *l.1.C.de anna.except.* ergo multò magis vt feudum præscribet. Hanc sententiam, quod dominus 30. vel 40. annorum præscriptione non amittat feudum illicitè alienatum, amplectuntur & defendunt *Iacob. de Ardizo in sum. sua tit. Quib. mod. feud. acqui. Andr. de Iser. & Schenck in c. præterea. de capit. Corra. Sonsbec. par. 12. feud. num. 155. Fachin. lib. 7. contro. c. 61.* Limitatur tamen hæc decisio nisi dominus, & ij quorum interest, præsentes & scientes patiantur alienari & præscribi feudum citra contradictionem. Illo enim casu etiam hodie posset præscribi feudum. *per c. qui tacet. de R.I. in 6. c. con. tinebatur. De his quæ fiu. à prælat. sine consen. Capit.* Ita etiam sentire videtur *Glossa in c. 1. Quid iur. si post alien. feudi vasal. recup. arg. c. 1. § præterea. Quib. mod. feud. amit. Sonsbec. d. loco. num. 163.*

ASSERTIO XC.

Vasallus sine veniâ dominum feudi in ius vocare potest.

DIGLADIANTVR & contendunt aciter inter se DD. An vasallus dominum in jus vocare possit non impetrata venia. Et communior receptiorque est DD. sententia, quod vasallus coram paribus curiæ cum domino suo litigare volens, possit dominum feudi non impetrata venia in ius vocare. Ratio decidendi est, quia edictum Prætoris, quo certæ personæ sine permissu Prætoris in ius vocari prohibentur, vasallum non comprehendit. Ergo cum hoc edictum sit pœnale *l. penult. ff. de in ius vocand.* non debet ad alios casus in eo expressè non comprehensos extendi, sed in suis casibus duntaxat obtinebit. Hæc est communis DD. opinio, quam adsessores supremi tribunalis in Camera imperii judicando sunt secuti, teste *Mins. cent. 4. obs. 92. Borcholt de feudis. cap. 10. nu. 38. And. Gail. lib. sing. de p. gnorat. c. 15. nu. 4.*

Contra hanc decisionem adfertur tale argumentum. Libertus patronum sine venia in jus vocare non potest, sed vasallus & libertus æquiparantur. *Præses. Euer. in Topic. in loco à liberto ad vasal.* Ergo & vasallo opus est veniæ impetratione, si dominum in jus vocare velit. Resp. Licet in multis vasallus & libertus inter se pares & æquales habeantur, non tamen in omnibus hæc æquiparatio procedit. Longè enim arctius libertus adstrictus est

ctus est patrono, à quo accepit libertatem rem inæstimabilem. *l. libertas. ff. de R.I.* quam vasallus domino, qui tantum feudum accepit, vt ipse hæredesque eius domino fideliter seruiant. Adhæc æqualis est fidei relatio inter dominum & vasallum: sicut enim vasallus domino, ita è contra dominus vasallo reciprocâ fide est obstrictus. tex. est singularis & notab. *in c. vnic. de for. fidel.* quem textum jus sanctum continere, sed dominis terribilem esse. *Bald. ibid. notat.* Quod de patrono & liberto nullibi scriptum reperitur: fallax ergo est argumentandi genus à vasallo ad libertum. *Præses Ever. d. loco. num. vlt. Minsf. cent. 4. Obseruat 91.*

Secundò in contrarium adfertur. *l. generaliter. ff. de in ius vocand.* vbi traditur, generaliter eas personas, quibus reuerentia debetur, in ius vocari non posse sine venia Prætoris. Ergo cum vasallus domino honorem fidem & reuerentiam exhibere teneatur, illum quoque absque venia in jus non vocabit. Resp. Dicendum est, quod ne prædicta lex superflua censeatur, illam hoc modo accipiendam esse, vt de illis personis accipiatur, quæ parentum loco habentur, vt sunt socer socrus, nouerca & vitricus. Præterea & propter reuerentiam marito debitam vxor eum non poterit in ius sine venia Prætoris vocare. *arg. l. alia. in fin. ff. Solut. matrim. Cuiat. lib. obs. 10. c. 10.*

Tertiò opponitur *c. vnic. de vasal. mil. qui cont. est.* vbi dicitur, quoties vasallus de domino conqueritur, debet adire curiam, & salua reuerentia de jure suo cum domino experiri. Resp. Hæc verba, salua reuerentia, ad famosam actionem quam vasallus honestis verbis moderari debet, non ad citationem sunt restringenda. Sic enim in simili liberi & liberti contra parentes & patronos actionem famosam de dolo intendere non possunt, sed loco eius actionem in factum omissa doli mentione proponere debent. *l. non debet. 11. ff. de dolo.* Itaque hæc sententia tanquam verior, & juri magis consentanea retinenda est, quod vasallus dominum feudi sine venia in jus vocare poterit.

ASSERTIO XCI.

Mutus, surdus, cæcus, furiosus, vel aliter imperfectus in feudo non succedunt.

COMPROBATVR hæc decisio hoc firmissimo argumento. Vasallus tenetur dominum in acie & prælio dimicantem adiuvare, & alia seruitia militaria ei præstare. *c. vnic. §. est & alia. Qua fue. pri. cauf. benef. amit. c. vnic. Quib. mod. feud. amit. c. vnic. vers. & si sciuero. de noua for. fidel.*

Hæc facere non possunt mutus, surdus, cæcus; furiosus. Ergo meritò à feudi successione arcentur.

Verùm in hac controuersa quæstione duo occurrunt textus feudales mirè variantes & dissidentes. Nam primò *in c. vnic. An mutus vel al. imperf. feud. retin.* ita constitutum est. *Mutus & surdus, cæcus, claudus, vel aliter imperfectus*, etiamsi sic natus sit, totum feudum retinebit. Quidam tamen dicunt, eum qui talis natus est, feudum retinere non posse, quia ipsum seruire non valet. In tit. verò, *Episcop. & Abba. feud. dare non pos. §. vlt.* in hæc verba responsum est Mutus feudum retinere non potest, sed si feudũ fuerit magnum, quo ei ablato se exhibere non valeat, tantum ei relinqui debet, vnde se sustinere possit. Et his casibus feudum amittitur, & ad dominum reuerti debet. Communiter D D. hæc capitula ita conciliant. Aut quis est à natura imperfectus, mutus, surdus, cæcus & furiosus, nullaque spes superest conualescendi, & hic nec in feudo nouo, nec in paterno succedit. Aut factus est imperfectus ex accidenti, vitiumque hoc corporis vel animi medicorum arte est sanabile, & tunc in feudo succedet, & per substitutum præstare poterit seruitia. Hanc sententiam sequuntur & approbant *Aluarot. Prapos. Schenc & Baro in c. vnic. §. fin. Episc. vel Abba. Sonsbec. parte. 12. de feud. num. 133. Wesenb. de feud. c. 6. nu. 20.* Et hæc opinio videtur satis comprobari *in d. c. vnic. An mutus vel al. imperfect.* vbi cum primo posita esset opinio Gerardi & Oberti, quod mutus, surdus, cæcus, etiamsi ita nati sint in feudo succedant, postea subijcitur diuersa & contraria opinio, hisce verbis. *Quidam dicunt, eum qui talis natus est, feudum retinere non posse.* Ex quibus apparet in posteriori sententia & opinione, quæ plerumque derogat priori, feudorum authores consistere, quod scilicet mutus, surdus, cæcus, vel aliter imperfectus, si ita nati sint, feudum retinere, vel in eo succedere non possunt. Si verò non ita nati sint, sed casu aliquo superueniente, vel ex accidenti cæci, muti, vel surdi facti sint, tunc in feudo succedant. Ita docet *Fachin. lib. 7. contro. c. 34.*

Sed in hac difficili controuersia hæc potius distinctio, tanquam textibus iuris magis accommodata, mihi sequenda videtur. Aut hi à natura ita procreati sunt, & tunc in feudo non succedunt. *d. c. vnic. §. fin. Episc. vel Abba.* Aut casu aliquo sine culpa sua, & ex accidenti ita facti sunt, & tunc quidem feudum ante imperfectionem inuestitura vel successione acquisitum retinent, & per substitutum seruitia præstabunt. Ita accipi debet. *c. vnic. An mut. vel al. imperf. in fin.* At in feudo nondum acquisito non succedunt, siue imperfecti nati vel casu aliquo facti sint ante acquisitionem feudi. Et ita intelligi debet. *c. vnic. §. fin. Episc. vel Abba.* Vel vt breuius & apertius dicam. Imperfecti quocunque modo, siue à natura, sive ex accidenti, in feudo

in feudo non succedunt, sed retinent feudum acquisitum, si post acquisitionem & possessionem feudi vitium illud imperfectionis vel inhabilitatis superueniat. Ita decidit eleganter *Vulteius de feudis. c. 9. nu. 64.* & hoc modo hæc duo capitula dissidentia conciliat.

Illud extra controuersiam est, quod feudum de nouo recipere possunt, qui ex accidenti, vel etiam à natura muti, surdi, cæci, claudi, dementes vel alias imperfecti sunt. *Bald. & Aluar. in c. vnic. §. fin. Ipsi. vel Abba. &c.* Dominus enim illorum defectum sciens, & iisdem feudum concedens, ipsis etiam gratiam facere censetur, vt si per se commodè seruire non possunt, saltem per substitutum seruiant.

ASSERTIO XCII.

Liberi legitimati per subsequens matrimonium in feudo non succedunt.

NATVRALES filii ex concubina nati in feudis non succedunt, siue extent alii liberi legitimi & naturales, siue non. *§. naturales. Si de feud. def. content. sit lib. 2. feud. tit. 26.* Quod procedit siue feudum sit paternum, siue maternum. Vnde licet filius naturalis vel spurius de iure communi matri succedat in bonis allodialibus. *l. si qua illustris. C. Ad SC. Orfic.* in feudis tamen non succedit, etiamsi feudum sit fœmineum, materque nullos alios liberos habeat. *Andr. de Iser. in d. §. naturales.* Cuius iuris ratio hæc est, quod domino paribusque curiæ minus sit honorificum, in suo consortio, siue sodalitio habere homines natalibus suis maculatos.

Sed quæritur & controuertitur ab interpretibus, Anne legitimati per subsequens matrimonium succedant in feudis. Et quidem inspectis textibus feudalibus, hæc quæstio satis clarè est definita, quod scilicet legitimati quocunque etiam modo sint legitimati, arceantur à successione feudi, per *d. §. naturales. Si de feud. defunct. conten. sit &c.* vbi expressis verbis decîditur, quod naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi non admittuntur, vbi cum textus non distinguat in legitimatis, sed indistinctè omnes legitimatos à successione feudi repellat, neque nos distinguere debemus. Quod verò textibus feudalibus certò fuit decisum, id ipsi interpreter suis distinctionibus incertum fecerunt. Statuunt namque communiter D D. quod legitimati per subsequens matrimonium in feudis indistinctè succedant, non verò legitimati per rescriptum Principis. Ita tradunt *Iaco. de Belui. & Andr. de Iser. in d. §. naturales.* Et hanc sententiam, quod legitimati

legitimati per subsequens matrimonium in feudis quoque succedant, receptam esse vsu in prouincijs Hollandiæ & West-Frisiæ, notat Nobilissimus IC^tus *Cornelius Neostadius in tract. de success. feud. Holl. & Fris. c. 5. nu. 79.* Quinimò & in Camera Imperij hæc sententia judicando approbata est, vt notant *Mins. cent. 5. obser. 42. Wesemb. de feud. cap. 6.* Denique & hæc sententia quod legitimati etiam per rescriptum Principis tantum consequantur in bonis legitimantis quantum jus naturæ tribuit legitimis, judicando comprobata est in curia prouinciali Hollandiæ in causa seu lite pendente inter fœminam quandam Santiam, & neptem ejus Mariam, quæ rescripto Principis erat legitimata. Ita decisum extat *in decisionibus supremi Senatus Holl. Zeel. & West-Fris. decis. 10.*

Communis hæc distinctio DD. hoc fundamento nititur, quod per matrimonium subsequens omnis macula quæ erat circa natales, sit sublata, quodque tempus huius legitimationis conjungatur cum tempore conceptionis, vt ita medium tempus nunquam fingatur in rerum naturâ extitisse, atque adeò nunquam illegitimos fuisse, per *c. tanta ex. Qui fil. sunt legit.*

Sed ad hoc argumentum DD. respondetur, quod etsi matrimonio subsequenti omnia vitia purgata esse censeantur, id tamen respectu ipsorum natalium magis fictione quam veritate subsistit. Et quidem vt rectè dicebat Baldus, vulnus natalium legitimatione consolidatur, interim remanet tamen aliqua cicatrix, quæ occasionem huic juri feudali inducendo dedisse videtur: cum omnem omnino maculam, imò & suspicionem maculæ alicuius, dominus feudi & pares curiæ à curiâ remotam vellent. Præterea iure quidem ciuili & Canonico omnia vitia priora tolluntur per subsequens matrimonium, ita vt qui est effectus vtriusque illius iuris, æquè pertineat ad legitimatos per subsequens matrimonium, atque ad eum qui ab initio legitimè natus est. Sed quia hoc iure feudali non est constitutum, sed potius in genere legitimati sine distinctione modi legitimationis, à successione feudi arceantur, id quod iure ciuili & Pontificio constitutum est, jure feudali repugnante non est inferendum.

Non etiam valet expositio *Cuiacii & Borcholti* ad illum tex. *d. §. naturales.* qui eum textum interpretantur, quod tum naturales legitimati in feudis non succedant, quando post delatam successionem fiunt legitimi. Nam casus de eo, qui legitimatur per subsequens matrimonium, ne fingi quidem nedum esse potest, successione iam delata, vt pote quæ non deferatur, nisi mortuo vasallo, cum iam amplius matrimonium contrahere nequeat, ac per consequens, nec per matrimonium legitimare liberos. Licet igitur hæc sententia, quod legitimati per sequens matrimonium in feudis succedunt, in praxi & vsu forensi consulendo & iudicando quotidiè obseruetur,

tur, teste *Scurf.consil.1.cent.1.num.17.* & secundum eam in Camera Imperii iudicatum testatur *Mins.cent.5.obs.42.* tamen secundum veritatem & decisionem textuum feudalium certior & verior est sententia, quod legitimati per subsequens matrimonium à successione feudorum arceantur. Id manifestè probat tex. *in d.§.naturales*, vbi cum in genere negetur legitimatos in feudis succedere, consequens est omnes species sub eo genere comprehensas hoc est tam legitimatos per rescriptum Principis, quam legitimatos per subsequens matrimonium à feudorum successione arceri. Idque confirmatur etiam ex certissimo logicorum axiomate, quod negato genere negentur omnes species sub genere comprehensæ. tex. ad hoc sunt *in l.vlt.c.de vsur.rei iud.l.1, §.fot.ff.de su. & leg. hered. vbi not.* Ita eleganter tradunt *Sonsbec. de feud.par,9. num.72. Vultc.c.9. de feudis, num.94. Hoto. consil.10. volu.1.*

Legitimati autem per rescriptum Principis, omninò in feudis non succedunt. Ratio est, quia Principum beneficia ita restringenda sunt, ne noceatur aliis. Princeps non debet mihi auferre rem meam, & ius mihi quæsitum, nisi specialis, aliqua causa & commodum Reipub. intercurrat optimus est tex. *in l.nec auus.4.C.de emancip. lib.l.2. §.si quis à principe. ff. Ne quid in loc.pub.* Si autem legitimati per rescriptum Principis in feudis succederent, magna fieret iniuria agnatis, quibus ex prouidentiâ & pacto primi vasalli semel ius succedendi in feudo quæsitum esset. Sed dubitatur, si legitimati sint naturales, antequam de feudo vlla incidat quæstio, an tunc cum legitimis ad feuda rectè admittantur. Et verius est quod naturalis non succedat in feudo licet tempore inuestituræ in veniatur legitimatus. *Curt.3. part.princ.feud. memb.2.nu.39.*

ASSERTIO XCIII.

Vasallus tenetur dominum feudi in bello iuuare etiam contra patrem suum.

TAM arcta est obligatio, quâ vasallus domino auxilium præstare tenetur, vt nec pater quidem, nec filius, nec frater exceptus reperiatur, imò verò disertè feudalibus consuetudinibus cauetur, vasallum contra hos teneri in militia iuuare dominum. *c.1. §.fin. Hic finitur lex &c.* Quod etsi durum sit, & rationi naturali contrarium, seruandum tamen esse, cum lex consuetudinis ita scripta sit, dicit *Zazius in epit.suâ feudo. par.7. num.28. arg.l.prospexit, ff. Qui & à quib. manu.*

Sed hæc assertio omninò videtur repugnare præcepto diuino, quod dictat honorandum esse patrem & matrem, quod jus moribus & legibus humanis vtique præstare debet. Imò nisi ad normam legis diuinæ leges & consuetudines humanæ exigantur, corruptelæ potius sunt quam consuetudines. Et hoc probatur *in c.1. §. sed est alia. Quæ fu. pri. caus. benef. amit.* Aliud est inquit, *fortè si ideò non seruierit*, quia non potuerit, tunc enim feudum non amittit. Quomodò autem auxiliari dicitur posse domino, à quo bona habet, aduersus parentes, quibus vitam debet? Quomodo potest seruare mores hominum, & contemnere præceptum Dei. 2. Resp. Hæc doctrina feudalis, qua generaliter & indistinctè traditur vasallum auxilium præstare debere domino contra patrem, reducenda est ad honestatem & principia iuris naturalis, ne conuellantur jura sanguinis quæ sunt & dicuntur immutabilia. *§.penult. Inst.de iur.nat.gent.& ciui.l.iura sanguinis.ff. de R.I.* Itaque sic distinguendum est. Aut vasallus interpellatur à domino, vt auxilium sibi præstet in ea causa, in qua ipse dominus iniustè offenditur, & tunc tenetur vasallus auxilium & opem præstare domino contra proprium patrem. Ratio est, quia pater iniustè dominum vasalli offendens, agit contra ius naturale, quo hominem ab homine beneficio affici potius quam lædi æquum est. Itaque indignus esse censetur, qui ipse agens contra jus naturale, beneficium iuris naturalis expectet. Aut verò dominus iniustè bellum infert patri vasalli, & tunc tantum abest, vt teneatur feudi nomine contra patrem seruire domino, vt prorsus ab hujusmodi bello & munere sit excusatus, quod contra quemlibet iniustè & iniquè decernitur, ex communi DD. sententia. per *c.1. vers. & si sciuero. de no.for.fidel.* Ita eleganter & doctè tradit *Vulteius cap.10. de iure siue vsu feudi. num. 33.*

Non obstat tex. *in c. vasalli. de pace Constan.* vbi qui in bello iusto patriæ illato patriam potius defendunt, quam patronum seu dominum feudi, hi feudo non priuantur. Nam id clementer receptum est liberalitate Imperatorum. *§.pacem.d.tit.* Itaque non extenditur ad consequentias. *l.quod verò.14. ff. de legib.*

ASSER-

ASSERTIO XCIV.

Vasallus habet interdictum vnde vi contra dominum, spoliantem se possessione feudi.

VASALLO qui spoliatus est possessione feudi, interdictum vnde vi accommodatur, quia verè possidet. *c. vnic. §. fin. de no. for. fidel.* Sed controuertitur an hoc remedium detur ei contra dominum spoliatorem. Et sunt qui putant eum hoc remedio contra dominum vti non posse, sed quod contra eum actionem in factum proponere debeat. *arg. l. 1. §. interdictum hoc. ff. de vi & vi arm.* Ita statuit *Molin. in consuetudin. Paris. tit. 1. §. 1. glo. 4. num. 35. Menoch. remed. 1. recuper. poss. num. 90.* Verior tamen & receptior est sententia etiam interdictum vnde vi vasallis contra dominos denegandum non esse. Sic tradunt *Iacobi. de S. Georg. de feudis super verbis, & dicti vasalli, pro dictis rebus. nu. 6. Andr. de Iser. in c. imperialem. §. illud. de probib. feud. alien. per Frideric.* Eaque sententia in supremo tribunali Germaniæ iudicando obseruatur. Ita attestatur Academia Francofurtensis, *tertio tomo varior. consilior. consil. 21.*

Sed videtur repugnare. *l. 1. §. ex interdicto. 25. ff. de vi & vi arm.* vbi traditur, quod interdicto vnde vi conuentus facinoris Reus arguatur: Vnde dominus hoc interdicto à vasallo conuentus potest excipere debitum sibi honorem non exhiberi, quasi facinoris grauioris arguatur, quod scilicet malo more vasallo vim intulerit. Resp. Cum dominus vasallum non habet vt vasallum, vasallus non compellitur dominum habere vt dominum. *arg. cap. esto subiectus. 95. dist.* vbi dicitur, episcopi habeant clericos quasi clericos, vt ipsis episcopis à clericis vicissim debitus honos deferatur: vbi adiicitur, scitum est illud oratoris Domitii, cur ego te habeam vt Principem, cum tu me non habeas vt Senatorem.

Secundò opponitur, quod liberto in patronum interdictum vnde vi non competit. *l. 1. §. interdictum hoc. ff. de vi & vi arm.* Resp. A liberto ad vasallum perpetuò non rectè argumentamur Vasallus itaque interdicta possessoria etiam aduersus dominum habet. Et hoc tunc maximè procedit, quando vi armatâ aduersus vasallum vtitur: hoc enim casu vasallo aduersus patronum etiam interdictum vnde vi competit, *d. l. 1. §. interdictum hoc. Vers. aliter atque. ff. de vi & vi arm.* Ita rectè & benè decidit *Borcholt. in tract. de feud. c. 9. de act. feudi. nu. 18. & 19.*

ASSERTIO XCV.

Frater fratri in feudo nouo non succedit.

IN feudo nouo frater fratri non succedit, nisi ex pacto, hoc est, nisi hoc nominatim in inuestitura sit expressum. *§. fin autem vnus. De his qui feud. dare possunt.* Id ex eo venit, feuda acquiruntur nobis & nostris posteris tantum, his deficientibus redeunt ad dominum. Et si duo fratres simul ab initio de vno eodemque feudo inuestiti sunt, vel simul habitantes communiterque viuentes, vnus eorum feudum acquisierit, tamen alter alteri non succedit. *c. vnic. §. duo fratres. de frat. de no. benef. inuest. c. 1. §. filia. de success. feudi.*

Quod tamen fallit, si feudum de nouo concessum indiuisibile sit: vt si iurisdictio, ius patronatus, ius venandi, piscandi, vel aliud ius incorporale in feudum concessum sit. *Iaco. de Belui. Bald. & Aluarot. in d. §. si duo fratres.* Si quoque nouum feudum duobus fratribus vel pluribus, & singulis insolidum concessum fuerit, domino excluso, non decrescendi iure alter alteri succedet, id est eo iure, ne superstiti fratri aliquid decrescat. *Bald. in c. vnic. de success. feudi per l. creditor. 60. § duobus. ff. Mandati.* Tertiò fallit in duobus fratribus inuestitis hoc pacto, vt ipsi & post eorum mortem filii etiam habeant feudum tunc enim & frater fratri succedit. *c. vnic. de duob. frat. à Capita. inuest. Iaco. de Beluis. lib. 1. feud. tit. 1.*

Sed in hac quæstione occurrit difficilis antinomia. Nam *in c. vnic. de benef. frat.* statuitur, quod si fratres de communibus bonis feudum emerint, quod tunc frater fratri succedat. E contra *in c. vnic. §. quod si. de fratr. de no. benef. inuest.* deciditur, quod si à fratribus communi pecunia feudum sit acquisitum, ne tunc quidem fratrem fratri succedere. Hotomanus putat, diuersis feudorum auctoribus diuersum placuisse, & ita relinquit hoc in casu ius feudale dubium incertum, sicut in plurimis ferè locis iura feudorum potius euertit quam concordat vel illustrat. Verùm cum bono interpreti potius conueniat iura in specie pugnantia conciliare, quam nouas contrarietates effingere, ita commodè hoc dissidium componi potest. Aut frater de communibus bonis emit feudum sciente domino, & hoc casu frater fratri succedit. Ita disponit. *c. 1. de benef. frat.* Aut verò ignotante domino emtum est feudum ex communibus bonis à fratribus, & tunc frater non succedit fratri, restituitur tamen fratri superstiti pars pecuniæ eum contingentis Atque ita accipi debet. *c. vnic. §. quod si. de frat. de no. benef. inuest.* Eamque conciliationem suppeditat ratio adiecta *in d. § quod si.* ne inuito domino

domino alius acquiratur vasallus, quam quem voluerit, vt ita scientia & taciturnitas domini illa conditione feudi videatur importare voluntatem domini. Ita eleganter & exactè tradit *Vulte. de feud. c. 9. de modis acquirendi feudi. num. 105. & 106.* Hæc obtinent in fratrum successione in feudo nouo. In veteri feudo rectè succedunt fratres, nam descendunt simul ex persona primi auctoris, feuda autem acquiruntur posteris. *c. vnic. §. his verò deficientibus. de success. frat.*

ASSERTIO XCVI.

Vasallus feudum refutare potest sine consensu domini.

QUÆSTIO elegans est, an feudum refutari possit sine consensu domini, si vasallus domino vel agnatis proximis velit feudum cedere. Et prima facie videtur non posse, quia inter dominum & vasallum nascitur vltrò citroque obligatio, vnde contractus appellatur. *l. Labeo. 19. de V. S.* qui sine vtriusque contrahentis consensu solui non potest. Sed his non obstantibus verius est eum feudum refutare posse. Ratio est, quia vasallus obligatus est domino propter rem magis quam personam, *arg. l. cum fructuarius. 64. ff. de vsufr.* vbi dicitur, si vsufructuarius paratus est derelinquere vsumfructum, onera propter eum imposita sustinere non cogitur. Ergò similiter cessat obligatio vasalli in feudo, desinendo rem possidere, non minus ac in fructuario: quia vasallus valdè similis est vsufructuario. *c. 1. in fin. In quib. caus. benef. amit.* Quinimò textus apertus est *in c. 1. de vasal. qui cont. constit. Lothar.* quod vasallus inuito domino feudum renunciare possit. Sic enim verba textus habent. Vasallus etiam sine voluntate domini rectè feudum refutare potest. Feudum enim principaliter conceditur in fauorem vasalli, ergo ipse potest fauori pro se introducto renunciare. *l. penul. C. de pact.* Non tamen debet vasallus post refutationem feudi offendere dominum, hoc est, non poterit aduersus eum militare, licet non cogatur ei seruitium præstare: quia veteris beneficii memoria non debet aboleri. *d. c. 1. de Vasal. qui con. constit. Lothar.* Hinc sequitur, si quis refutaret feudum antiquum, proximis agnatis cedendo, cessionem valere. *lib. 2. feud. tit. 39. de alien. feud. pater.* Vide amplius de hac quæstione disserentem *Fachinæum lib. 7. contro. c. 60.*

ASSERTIO XCVII.

Feudo alicui, inconsulto domino, extra familiam legato, ne quidem æstimatiò debetur.

QUÆRITVR, an si feudum alicui extraneo vasallo legetur extra familiam, qui aliâs successurus non erat in feudo, an saltem debeatur æstimatio. Et verior videtur probabiliorque sententia, ne quidem æstimationem deberi. Sic decîdit *Fachin. lib. 5. contro. c. 37.* Idque per subsequentes textus & rationes confirmatur. Primò quod nulla ordinatio in feudo defuncti rata permaneat vel valeat. *c. 1. de feud. success. in princ.* Secundò quod refragatur tex. expressus *in §. donare. Qualiter ol. feud. alie. pot.* vbi traditur, quod nec feudum pro anima legari possit, & consequenter nec debetur æstimatio, *arg. §. non solum. Inst. de legat. l. apud Iulianum. §. constat. de leg. 1.* Adducitur & illud, quod ius testatoris in feudo morte eius extinguitur. Atqui tali casu, cum iuris merè personalis & cum defuncto perituri fit vlterior concessio, ea inutilis est, vt responsum est à Papiniano *in l. quod in rerum 24. §. 1. de leg. 1. l. vxor patrui. 20. de legat.* Et per consequens nec æstimatio deberi potest, ne videamur implicare contradictionem dicendo legatum inutile esse, & simul vtile ratione æstimationis.

Sed aduersatur. *l. non dubium 14. §. 1. de legat. 3.* vbi traditur, quod si quis rem alienam legauit, & dominus eam vendere nolit, vel immodico precio vendere velit, quod tunc iusta æstimatio debeatur. Idem traditur *in §. non solum 4. Inst. de legat.* Sed hoc argumentum non pugnat. Nam res aliena non est omninò extra commercium, sed eius legandi & disponendi potestas est etiam non domino, quoad id saltem, vt heres vel eam à domino redimere cogatur, & præstare legatario, vel eius iustam æstimationem. At verò cum feudum extra familiam suam vasallus alienare non possit, neque extraneo eius possidendi ius sit, adeò legatum eius invtile est, vt ne quidem æstimatio debeatur. per regulam traditam *in l. cum seruus. 39. §. vlt. de legat. 1.* Quod quando aliquid legatur, quod non est in commercio legatarii, tunc nec debetur æstimatio. Ita decidunt *Curtius in tract. feudo. par. 4. num. 126. Præses Euerar. in loco à feudo ad emphyt. num. 16.*

Secundò obijcitur. *l. 114. §. si quid alicui. de leg. 1* vbi Martianus inquit, si quid alicui licitè fuerit relictum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium,

vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit, quanti solet comparari, tantam æstimationem deberi. Ergo cum vasallus extraneo legat feudum, qui eius relicti non est capax, tamen debetur ei æstimatio feudi. Resp. In illa l. non fuit res legata, quæ non erat in commercio legatarii, sed talis res relicta est, quam licitè & iustè habere potuit legatarius, verum ex probabili aliquâ causâ, veluti corporis vitio, aut propter aliquam legati qualitatem, citra culpam suam fuit legati incapax, eo casu debetur legati æstimatio. Aliud est in feudo citra consensum domini à vasallo extra familiam relicto, quia hoc casu vel agnatis, ad quos esset feudum ex inuestitura peruenturum, vel ipsi domino, ad quem esset feudum reuersurum, præiudicaretur. Adde his, quod nulla defuncti ordinatio in feudo valet, quod si omninò non valet, nec quidem debetur æstimatio ei, cui feudum testamento est relictum. *c. 1. de success. feud. c. 1. §. donare. Qual. olim feud. aliena pot.* Ita decîdit *Fachin. d. loco.*

ASSERTIO XCVIII.

Pater vni ex filijs feudum prælegare non potest.

CONFIRMATVR hæc decisio primò per *c. 1. de success. feud.* vbi statuitur, quod nulla ordinatio defuncti in feudo valeat. Ergo nec illa valet, qua vni ex filiis pater feudum prælegauit. Secundò hoc argumento comprobatur. Nemo potest legare ius, quod morte suâ periturum est. *l. vxor patrui. C. de legat. l. quod in rerum. 24. § si vsumfructum. ff. de legat. 1.* Atqui jus quod pater in feudo habet, morte sua extinguitur, & aliis defertur, qui ex prima concessione vocati sunt. Ergò non potest pater de feudo ita disponere, vt vni filio illud relinquat, in præiudicium reliquorum. Tertiò omnes filii æqualiter in feudo succedunt. *d. c. 1. de success. feud.* Ergò non licet patri aliter disponendo, testamento efficere, vt vnus tantum ex filiis succedat, sed nihilominus filii reiecta dispositione patris in feudo æqualiter succedent. *arg. No. 2. & 22.*

Pro contraria sententia, quod scilicet pater possit prælegare feudum vni ex filiis, adferuntur hæc argumenta. Primò ius patronatus descendit in omnes liberos patroni æqualiter. *l. vt iurisiurandi. 7. §. vt liberi. 2. ff. de oper. liber.* & tamen potest vni ex filiis adsignari, aliis exclusis. *l. 1. ff. de assig. liber.* Deinde si quis rogatus sit aliquid familiæ relinquere, potest vnum eligere ex

familia,

familiâ, cui relinquat. *l. vnum ex familia. 67. de leg. 2.* Sed respondetur quod argumentum de iure patronatus ideò non obstet, quod pater de iure patronatus testari prohibitus non est, sicut de feudo prohibetur testari vasallus: imò testamento libertum adsignare potest. *l. vlt. ff. de assig. liber.* Similiter nec ille qui rogatus est aliquid familiæ relinquere, prohibetur de eo testari, dummodò vnum ex familia eligat, cui relinquat. *l. pater. 38. §. quindecim de leg. 3. l. voluntas. C. de fideicom.*

Secundò videtur obstare *c. 1. §. omnes filii. Si de feud. def. conten. sit inter dom. & & agna.* vbi traditur, quod si feudum ex diuisione ad vnum ex filiis peruenit, ille solus tenetur fidelitatem domino præstare. Vnde videtur colligi, quod valeat dispositio patris, quâ vni ex filiis feudum testamento assignauit. Resp. Licet patri hoc modo hæreditatem suam inter filios diuidere vt feudum vni assignet, aliis verò filiis alia bona allodialia: sed non quasi testatoris illa dispositio valet, sed tanquam pactio voluntaria fratrum, quibus feudum inter se diuidere vel refutare licet.

Tertiò obijcitur hoc argumentum. Si pater vni ex filiis feudum prælegauerit, ideò consistet legatum, quia non potest alter filius voluntatem patris impugnare, cum sit hæres, *Lex quaepersona, ff. de R. I. l. cum à matre. C. de R. V.* Resp. Non est filius, qui hoc in casu voluntatem patris impugnat, sed est lex, quæ prohibet patrem de feudo testari, & consequenter ipsum feudum prælegare. Hæc est communis DD. sententia, quod patri non liceat vni ex filiis feudum prælegare. Ita statuunt *Zaz. in 8. par. feud. in 3. part. vers. Et hanc partem, Tyraq. in retra. lu. consangu. §. 11. Gloss. 6. num. 23. Clarus in §. feudum, quæst. 47. Curt. de feud. par. 4. num. 132. Fachin. lib. 6. contro. c. 62.* Limitatur hæc decisio, nisi feudum acceptum esset pro se & filiis & hæredibus, & per consequens feudum esset hæreditarium, tunc enim vni ex filiis pater posset feudum prælegare, quia non potest in feudo succedere, nisi sit hæres, ideoque factum testatoris impugnare non potest. *l. cum à matre. C. de rei vend.* Ita decidit *Curtius. d. loco.*

ASSERTIO XCIX.

Feuda inter plures cohæredes diuidi possunt, etiamsi unus ex consortibus tantum voluerit.

QVÆRITVR & controuertitur inter DD. An feudi deuisio fieri possit inter plures hæredes vasalli, etiam sine consensu domini. Et in hac quæstione hæc distinctio tenenda est & obseruanda. Aut sunt feuda

feuda regalia habentia annexam dignitatem, vt sunt, ducatus, marchionatus, electoratus, & comitatus: & hæc non recipiunt diuisionem. Itaque ditiones regales ducatuum, marchionatuum, vel comitatuum, veluti immediata imperii membra, dominio vtili, dignitate vel titulo non possunt diuidi, quamquam administratio, & emolumenta propter publicam tranquillitatem aliquando diuidantur: tex. est *in §. praeterea ducatus. de prohibit. feud alie. per Frider.* Ratio duplex est. Prima ne dignitas diuisa ad nihilum redigatur. Altera est, quia vtilius est Reipub. per vnum regi, quam per plures. *l. 2. §. nouissimè. ff. de orig. iur.* Vnius namque politia est optima, & plurimorum politia difficilè est vt bona sit, cum plures ad virtutis meritum peruenire sit difficile. Quod inter alia insigni illo Homeri testimonio comprobatur. οὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη· εἷς κοίρανος ἔστω. Multos imperitare malum est, rex unicus esto, quia Principum multitudo Reipub. est onerosa. & vt in veteri prouerbio dicitur, Multitudo Imperatorum perdidit Cariam. At feuda minora non habentia annexam dignitatem, si voluerint consortes, diuidi possunt, etiam sine consensu domini, quamuis vnus tantum ex cohæredibus ad diuisionem prouocet. *d. §. praterea ducatus. §. omnes filii. Si de feud. def. conten. sit inter dom. & agn.* Ratio huius decisionis est, ne cohæredes & consortes inuiti cogantur in communione manere, quia communio multas solet excitare discordias. *l. cum pater. §. dulcissimis. de leg. 2.* Ita decidit & concludit *Gail. lib. 2. Obseruat. c. 153.*

Duo huic conclusioni videntur aduersari. Primò quod in feudis omnis alienatio inconsulto domino facta est prohibita. *c. imperialem. de prohib. feud. alienat. per Frider.* Sed diuisio est species alienationis. *l. 1. C. Com. utr. iud.* Ergo & illa jure feudorum prohibita censetur. Resp. Voluntaria alienatio feudorum tantum est interdicta, non verò necessaria, quam inuitus quis facere cogitur, vti est diuisio: ad quam hæres à cohærede prouocatus necessariò cogitur. *l. Iulianus. 13. §. idem Celsus. ff. de act. empt.* Deinde diuisio potius est quædam refutatio & renunciatio feudi, quam alienatio.

Secundò contra id quod statuitur feudi diuisionem fieri posse, etiamsi vnus tantum ex cohæredibus prouocet ad diuisionem, valdè aduersatur textus *in d. §. Praeterea ducatus.* vbi textus ita habet, Aliud verò feudum si consortes voluerint, diuidatur. Ibi videtur affirmari ita demum posse fieri diuisionem feudi, si omnes consortes voluerint atque consenserint ut diuisio fiat. Verior tamen & crebrior est DD. sententia, ad divisionem feudi sufficere unius ex cohæredibus consensum & prouocationem, & quod reliqui cohæredes prouocati cogantur vnius cohæredis voluntatem in facienda diuisione sequi. Ratio est, quia nemo inuitus cogitur in communione manere, *l. vlt. C. Com. diuid.* nec contrarium jure

feudistico est receptum. Ergo jus commune est seruandum.

Nec obstant illa verba. Si consortes voluerint, quia ciuiliter exaudienda sunt, hoc est, si omnes consortes voluerint, vel aliquis eorum ad diuisionem prouocauerit. Neque enim quis inuitus in communione detinendus est. Hanc sententiam, quod feuda etiam sine domini consensu inter cohæredes diuidi possint, etiamsi vnus tantum ad diuisionem prouocet, amplectuntur & approbant *Alexand. consf. 7. lib. 5. Iason in l. stipulationes non diuiduntur. nu. 31. de verb. oblig. Molin. ad cons. Paris. Tit. 1. § 20. num. 4 & § 35. num. 2. Fachin. lib. 7. contro. c. vlt. Gail. d. obseruat. 153.* vbi notat hanc opinionem se vidisse de facto fuisse confirmatam. Latè & pulchrè tractant hanc quæstionem *Duaren. c. 12. feud. num. 2. Vult. lib. 1. feud. c. 8. Oldend. in topic. in loco à causa generaliter.*

ASSERTIO C.

Feudi substantialia pacto tolli vel mutari non possunt.

SUBSTANTIALIA feudi sunt, sine quibus feudum consistere non potest, quæ feudum necessariò comitantur, eique perpetuò adhærent. Hæc per pactum alterari vel tolli non possunt. Quamuis enim feuda ex pactis potissimum varientur, mutentur, informentur, ita vt in feudis ante omnia inspici debeat tenor inuestituræ, qui omni iuri & naturæ feudorum derogat, teste *Baldo in c. vnic. de frat. de no. inuest. arg. cap. vnic. §. vlt. tit. Per qu. fi. inuest.* tamen ea quæ pertinent ad substantiam feudi, pactis tolli, mutari, & infringi non possunt. Porrò substantialia feudi hæc sunt. Primò quod feudum tantùm consistat in rebus immobilibus, vel iis bonis, quæ vicem immobilium referunt. *c. 1. in fin. de feud. cognit.* Secundò ad substantiam feudi pertinet, vt sit gratuitum ex beneficio. Hoc disertè comprobat tex. *in tit. In quib. caus. feud. amit. §. vlt.* vbi feudum definitur beneficium, quod ex beneuolentiâ dominus concedit vasallo. Hoc pactis abrogari & immutari non potest. Vnde non valet pactum quo debitor paciscitur cum creditore, vt si debitor statuto tempore pecuniam non soluat, pignus cedat creditori, & illud pro feudo habeat, sed transit hoc negotium in aliud genus contractus. *c. vnic. de feud. dato in vic. leg. commis.* vbi subiungitur hæc ratio, quod feudum non sub prætextu pecuniæ, sed amore & honore domini acquirendum est. Tertium substantiale feudi est, vt vasallus domino fidem, honorem & obsequium præstet: fidelitas namque est de

substantia

substantia feudi, à qua feudum nomen accepit. Vnde & vasalli passim fideles in libris feudorum appellantur. Ideoque & fides pacto remitti non potest, & nullâ inuestitura ei fieri debet, qui fidelitatem facere recusat. *c. vnic. §. fin. Per qu. fi. inuest.*

Sed huic conclusioni pleraque juris feudalis loca aduersantur. Nam primo statuitur *in d. c. vnic. §. fi. Per qu. fi. inuest. & tit. Quæ fu. pri. cau. benef. amit.* quod illud pacto rectè effici possit, quod juramentum fidelitatis à vasallo non præstetur, quod tamen ad substantiam feudi omninò pertinere videtur. Ad hæc de natura feudi est, vt frater fratri in nouo feudo non succedat, cum ex communi iure feuda acquirantur nobis, & nostris posteris tantum. At tamē pacto rectè cauetur, vt etiam successio noui feudi ad fratrem perueniat. *c. vnic. §. si duo fratres. de frat. de no. benef. inuest. c. vnic. §. fin. de success. feud.* Denique videtur & hoc esse de substantia feudi, ne mulieres in eo succedat. *c. 1. de success. feud. c. 1. de alien. feud.* Attamen & hoc rectè pacto mutatur, si vel muliebre est feudum, vel si masculinum sit, pactum accesserit de fœminarum successione. *c. vnic. De eo qui sibi vel hæred. suis. c. vnic. de feud. fœm.* Ad has obiectiones ita respondendum, quod distinguere oportet inter substantialia & naturalia feudi. Substantialia feudi dicimus, quæ feudum comitantur necessariò, naturalia quæ probabiliter & plerumque. Pacta non valent contra substantiam contractus feudi, at valent contra naturam feudi, quia res sine substantia esse non potest, at à natura sua recedere potest. Sic exempli gratia venditionis substantia consistit in merce, pretio & consensu. *§. 1. Inst. de emp. & vend.* Natura venditionis est venditorem teneri de euictione, & emtorem de periculo rei venditæ, etiam ante factam traditionem. *l. ex emto. 11. ff. de act. empti. tot. tit. de peri. & com. rei vend.* Sine substantialibus res esse non potest, at verò sine naturalibus res rectè consistere potest. Non valet igitur pactum ne pretium detur in venditione. *l. cum in venditione. 36. ff. de contr. emt.* At valet vt venditor teneatur de periculo rei venditæ. *l. 1. ff. de peric. & com. rei vend.* Item ne teneatur venditor de euictione. *d. l. ex empto.* Sic etiam in feudis iuramentum fidelitatis pacto remitti potest, ipsa fides verò remitti nequit. *d. §. ult. tit. Per qu. inuest.* Nam fidem præstare substantiam feudi respicit, iuramentum fidelitatis naturam tantum concernit, nec propterea censetur remissa fides, si remittatur iuramentum fidelitatis. Similiter est de natura feudi, vt fœminæ non succedant in feudis, quia non possunt dominum in bello adiuuare, & seruitia militaria præstare, propter quæ feuda plerunque dantur. *tit. Quæ fu. pri. caus. benef. amit.* Attamen pacto nihilominus rectè cauetur, vt fœminæ in feudo succedant. Quo casu fides mulieris electa censetur, nō vt ipsa seruiat, quod nō potest, sed in alio diligenter ex bonaq; fide substituēdo per quē seruiat.

Denique & hoc pertinet ad naturam feudi noui, ne successio eius deuoluatur ad fratrem, sed potius ut ad posteros seu liberos vasalli pertineat: non verò substantiam feudi respicit. Vnde & hæc proprietas feudi pactis contrahentium mutari & variari potest. *c. vnic. de frat. de no. benef. inuest.* fiuntque per hæc pacta feuda impropria, sicut & iure communi ea quæ pertinent ad naturam contractuum, pactis rectè variantur & mutantur. *l. pacta. 72. ff. de contr. emp. l. contractus. 23. ff. de R. I. l. 1. § si conuenit. ff. depositi.*

FINIS.



TRACTATVS BREVIS PERSPICVVS ET SVCCINCTVS, DE PRIVILEGIIS STVDIOSORVM, DOCTORVM, ET PROFESSORVM.

Auctore

EVERARDO BRONCHORST
Daventriensi, IC.



LVGDVNI BATAVORVM
Ex officinâ IACOBI MARCI,
Typographi Collegij Ill. Ordinum.

CIↃ. IↃ. CXXI.

NOVA CONSTITVTIO IMP. FRIDERICI.

Imp. Fridericus regni sui fidelibus.

HABITA *quidem super hoc diligenti inquisitione, episcoporum, ducum, abbatum, omnium iudicum, & aliorum procerum nostri sacri palatij examinatione, omnibus qui causa studiorum peregrinantur scholaribus, & maximè divinarum atque sacrarum legum Professoribus, hoc nostræ pietatis beneficium indulgemus, vt ad loca, in quibus exercentur literarum studia, tam ipsi, quam eorum nuntij veniant, & in eis securè habitent. Dignum nanque existimamus, vt cum omnes bona facientes, nostram laudem & protectionem omnimodò mereantur, quorum scientia totus illuminatur orbis, & ad obediendum Deo, & nobis eius ministris, vita subiectorum informatur, quadam speciali dilectione eos ab omni iniuria defendamus. Quis enim eorum non misereatur, qui amore scientiæ exules facti, de divitibus pauperes semetipsos exinaniunt, vitam suam multis periculis exponunt, & à vilissimis sæpè hominibus (quod graviter ferendum est) corporales sæpè iniurias patiuntur? Hac igitur generali, & in perpetuum valitura lege decernimus, vt nullus de cætero tam audax inveniatur, qui aliquam Scholaribus iniuriam inferre præsumat: aut ob alterius cuiuscunque Provinciæ delictum sive debitum (quod aliquando ex perversa consuetudine factum audivimus) aliquod damnum eis inferat. Sciturus huiusmodi sacræ constitutionis temeratoribus, & ipsis etiam locorum rectoribus, qui hoc vindicare neglexerint restitutionem rerum ablatarum ab omnibus exigendam in quadruplum, notaque infamiæ eis ipso iure irroganda, dignitate sua se cariturus in perpetuum. Veruntamen si aliquis eis litem aliquam super aliquo negocio movere voluerit, huius rei optione data Scholaribus, eos coram domino, vel magistro suo, vel ipsius civitatis Episcopo, quibus hanc iurisdictionem dedimus, conveniat. Qui verò ad alium iudicem eos trahere tentaverit, etiamsi causa iustissima fuerit, à tali conamine cadat. Hanc autẽ legẽ inter imperiales cõstitutiones, scilicet sub titulo, ne filius pro patre &c. inseri iussimus. Datum apud Roncalias Anno Domini M.C.LVIII. mense Novembri.*

TRACTATVS BREVIS, DE PRIVILEGIIS STVDIOSORVM ET DOCTORVM.

Præmissa brevi & dilucida explicatione,

A D

Auth. Habita C. Ne Filius pro Patre.



Obilis est *hæc Auth.* & vt refert Salyc. hic, digna quæ aureis literis scribatur, in qua Imperator Fridericus primus cognomento Ænobarbus, seu Barbarossa, tria insignia priuilegia, Doctoribus, Professoribus, Magistris, omniumque liberalium, artium & scientiarum studiosis concedit. Adijcitur præterea præclara bonarum literarum commendatio, quod nimirum doctorum hominum scientia totus illuminatur orbis, quodque per literas & studia, subditorum mores ad honestatem & virtutes informantur, vt Deo ac Magistratibus promptè obediant, ita vt totius ciuitatis vera fœlicitas in doctrina literarum consistat.

PRimum Priuilegium est, quod Studiosi non tenentur, pro suis personis, vel libris, vestibus, alijsque rebus, quas studiorum gratia ad Academiam aduehunt, vel inde avehunt, vlla pedagia, seu vectigalia exsoluere. 1. Priuileg. vt Studiosi liberi sint à vectigalibus.

Quod ex eo probatur, quod *textus huius Auth.* dicat Studiosos posse ad loca in quibus excercentur studia, securè venire, & ibidem securè habitare, Hanc sententiam veniendi interpretantur D D. ex emtionem

nem soluendorum vectigalium. Et rectè nam alioqui illud jus nullos speciales effectus haberet, cum alijs quoque omnibus concedatur securitas veniendi & proficiscendi ad publicas Scholas seu Academias, nedum literarum Studiosis, *l.construit 13. ff. de offic. præs.* Itaque cum priuilegia omnia ita interpretanda sint, vt aliquid operentur præter jus commune, ne frustra lata esse censeantur, *arg. l. si quando 109. in principio de leg. 1. l. 1. ff. alimentis.* rectè inde colligitur à vectigalibus seu portorijs alijsque oneribus Studiosos, & eorum libros, vestes & reliqua supellectilia esse immunes. Ita tradit *Gloss. ordin. h. in verb. specialis.* quam approbat *Baldus h. num. 4. Salyc. & communiter DD.*

Idem confirmatur per *l. vniuersi C. de vectigal. & commerc.* vbi dicitur, quod pro ijs rebus quæ ad vsus proprios deferuntur, non soluitur vectigal. Atqui Scholares deferunt libros in Academiam in vsus proprios, scilicet ad incrementum & profectum studiorum. Ergo pro ijs non debet solui pedagium, vectigal, vel gabella. Pulchrè *Rebuff. de priuil. Studios. Priuileg. 146.*

Pœna publicanorum exigentium à Studiosis vectigal.

Porro sciendum, quod si Publicani cogant Studiosos soluere vectigal, perdunt priuilegia, si quæ habent, text. singul. *in c. dilecti. 4. ext. de Priuil.*

Præterea pœna capitali, id est deportationis seu exilij puniuntur. *d. l. vniuersi. l. penult. C. de nauicul. lib. XI. tit. 1. Rebuff. Priuileg. 148. in tract. de Priuil. Studios.*

II. Priuileg. ne Studiosi patiantur Repræssalias.

IIum Priuilegium est, quod nullus debeat Studiosis inferre iniuriam, nec ob alterius delictum aut debitum, damno eos grauare, hoc est non possunt Studiosi, aut eorum bona capi pro Repræssalijs, nec pro alienis debitis possunt arrestari.

Casus hic accidit aliquando in persona *Ægidij Elzeuirij Filij Pedelli,* qui pro debito Illustrissimorum Ordinum huius Patriæ fuit arrestatus *à Vicario Regis Daniæ Ranzouio.* A quibus repræssalijs liberauit eum Senatus Academicus datis ad Dominum Ranzouium literis: quibus nomine Rectoris Academici ad eum scribebatur, vt eum ab arresto & repræssalijs liberum dimitteret, si quidem Studiosi, Pedelli, aliaque Academiæ membra, pro alienis debitis capi prehendi & detineri non possunt.

Adijcitur

Adijcitur *in hac Auth. in verf. fcituris*, hæc pœna, quod huius Priuilegij violatores, item judices hoc vindicare negligentes restituant Studiosis ablata in quadruplum, atque infamia notentur, careantque dignitate & officio suo in perpetuum.

Pœna triplex in eos qui excercent in Studiosos Represalias.

Præterea notandum, quod hæc Priuilegia Studiosis concessa, etiam extendantur ad eorum Famulos, Pedellos, Nuncios, Notarios, Bibliopolas, & Typographos Academiæ. *text. h in princ. in verb. tam ipsi quam eorum Nuncij. facit. l. non alias. 24. §. 1. ff. de iudic.*

Extensio Priuilegij.

Ratio est, quia hisce personis Studiosi carere non possunt, & sine horum ministerio non potest commodè Academia gubernari vel administrari.

III. Priuilegium est, quod qui litem inferre vult Studiosis debet eos apud Rectorem Vniuersitatis, vel Episcopum loci, si hoc maluerint Studiosi, conuenire. *text. h. in verf. Veruntamen. concordat. §. vlt. in præfatione Digestorum.*

III. Priuil. vt conueniantur Studiosi coram suo Rectore.

Itaque coram ordinario judice vel prætore istius ciuitatis in qua Studiosi Academiam frequentant, non sunt conueniendi, quia Prætor vel Præfectus vrbi in eos non habet jurisdictionem, ex hac constitutione.

Qui vero Studiosos ad alium judicem traxerit; etiamsi causa justissima fuerit, ea priuatur, h. e. litem amittit, *text. h. in verf. veruntamen.* Idem statuitur *in Clericis. Auth. statuimus*, vbi est *text. elegans. C. de Episc. & Cler.* quod scilicet qui trahit Clericum ad judicem incompetentem, causa cadat; Et aliàs pro regula generali traditur, quod trahens aduersarium ad judicem incompetentem, causa cadat. *l in criminali. 5. C. de iurisd. omni. iudic.*

Sed an hoc Priuilegium etiam in causis criminalibus concedatur Studiosis? dubitatur. Et dicendum, quod Studiosi in criminalibus quoque causis, non possunt apud alium Magistratum, quam Rectorem accusari & puniri. Ita *Accurs.* statuit *hic in verb. litem.* Eaque est communis DD. opinio *teste Oldendorpio. in libello de iure singulari cap. 4. de Priuileg. Professorum.*

I V. Priuil. quod Studiosi & Professores immunitatem habent à ciuilibus muneribus.

His adjungendum VI^um Priuilegium, quod scilicet Professores DD & Studiosi ab omnibus muneribus personalibus, & quibusdam patrimonialibus vacationem habent, vnde non potest de iure ipsis imponi collecta. *l.1. & l.2. C. qui æta. vel profess. se excus.* vbi deciditur, quod Studiosi maximè iuri operam dantes, habent immunitatem à muneribus personalibus vsque ad annum vicesimum quintum. *lib.10. t.49. l. medicos & ibi Bartol. de Profess. & medic. lib.x. C. tit.52.* Hinc & hospitis recipiendi necessitas, & angariarum præstatio (h. e. jumentorum, plaustrorum, vel nauium ad vsum publicum transvectio) liberalium artium & scientiarum Professoribus DD. atque Studiosis sunt remissa. *l. vlt. §. vlt. ff. de mun. & honor. l ab his. 10. ff. de vacal. mun.*

Vnde & ex statutis huius Academiæ Leydensis Studiosi exteri scilicet non ciues non tenentur ad excubias diurnas, vel nocturnas, vel ad custodiam portarum ciuitatis, nec ad onus recipiendi hospites in suis domibus. Huc valde pertinet. *l.2. C. de incol. lib.x. tit.39.* vbi dicitur, Quod qui Studiorum causa in aliquo loco degunt non sunt incolæ, id est ad onera ciuilia non vocantur, neque parentes qui ad eos frequenter commeant, nisi ibi DECENNIVM consumpserint, tunc enim non sunt amplius Scholastici, sed incolæ.

Limitatio. I.

Cessant hæc Priuilegia in Studiosis qui quinquennio ab Academia abfuerunt, quia tanto tempore Studiosi absentes perdunt priuilegia. *arg. l. penult. & vlt. C. de commea. lib.12. tit.43. l.2. C. de primicer. lib.12. t.7.* Intra quinquennium autem Studiosi, licet absentes, retinent sua Priuilegia, quia censentur habere animum reuertendi. *arg. l.5. in fin. ff. de captiv. Bald. hic. nu.22. Fac. l. si quis. C. de domest. & protest. lib.12. tit.17.* vbi dicitur quod qui quinquennio à publicis muneribus abest, tanquam deses, omni dignitate spoliari debet. fac. *l. vlt. C. de aduoc. diuers. iud.* vbi Justinianus Imperator constituit, quod si Advocatus vltra quinquennium abfuerit, de matricula penitus aboleatur. Pari modo si Studiosus per quinquennium ab Academia abfuerit, & eo tempore elapso ad eandem fuerit reuersus, pro Studioso non habetur, nisi de nouo immatriculetur.

Denique non fruuntur hisce Priuilegijs Scholares, Vagabundi, qui non audiunt publicas lectiones, quia non funguntur officio Scholarium.

rium. *arg. l. 1. C. de tyron. lib. 12. tit. 44.* vbi dicitur quod nullus tyro vagus accedet ad militiam, nam vagabundus Scholasticus rarò fit Magister, vt ait *Gloss. in d. l. 1.* & notat *Cynus in l. 4. C. de sponsal.* quod non sunt Scholares qui habent oculos ad fenestras, os ad bechirum, libros ad Hebræos. Debet ergò Studiosus continuò & assiduo labore inuigilare studijs secutus illud I C^ti Ioannis Fabri præceptum,

Si quis forte velit Iuris-Consultus haberi
Continuet studium, velit à quocunque doceri
Invigilet nec vincat eum tortura laboris
Fortior insurgat, cunctisq; recentior horis.

Moueat quoque eos exemplum I C^ti *Ioann. Andrea qui ad Specul. in tit. de salarijs. §. sequitur,* dicit se quinquaginta annos iuri studuisse, *& Baldi* I C. qui in proemio feudorum se quadraginta annos Juris studio operam dedisse refert. Cato tantâ legendi auiditate tenebatur, vt nunquam satiari posset, sed in curia semper legere solebat, dum cogeretur Senatus, facit huc illud vulgarum apopthegma, quod Studiosus juris, debet habere ferreum caput, plumbeas nates, & auream crumenam. Denique meminerint eius sententiæ quam dixisse fertur *Iulianus, in l. apud 20. ff. de fideic. libert.* Ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam in octauum & septuagesimum ætatis annum duxi, memor sum eius sententiæ, qui dixisse fertur, *καν τ̃ ἕτερον πόδα ἐν τῆ σορῷ ἔχω, ἔτι προσμαθεῖν βουλοίμην.*

V^tum Priuilegium est, quod Studiosi conuenti in foro Academico, non coguntur dare extraneos fideiussores, sed sufficit dare alios Studiosos & vades, licet ipsi sint ad conueniendum difficiles. *text. in l. vlt. C. de priuileg. scholar.* vrb. Romæ *lib. 12. tit. 30. Rebuff. de Priuil. Studios. priuil.* 171.

VI^tum Priuilegium est, quod Scholaris non finito tempore locationis recedens de domo conducta, propter pestem vel aliam iustam causam, non tenetur ad pensionem totius anni, etiamsi illam domum vel cubiculum illud per integrum annum conduxit, sed temporis solius quo illam domum vel illud cubiculum inhabitavit, *l. habitatores. 27. § fin. ff. loca. Rebuff. de priuileg. Studios. x1.* Ratio est, quia pestis est fugienda c. negotiatorem Clericum fuge veluti quandam pestem. *distinct.* 88.

Et Medicorum est consilium.

> *Hac tria pracipuè tollunt aduerbia pestem*
> *Longè, citò, tardè, cede, recede, redi.*

Menoch.remed.x.recup.possess.nu.106. Couarru. in practic.quæst.cap.30. nu.3. Borcholt.in tract.de feud. cap.8.nu.2. per *d.l.habitatores.§.fin.* vbi dicitur, quod si inquilinus ante finitum conductionis tempus emigrauit ex domo conducta, non debet mercedem soluere, si iusta fuit timoris vel periculi causa.

VII. Priuilegium est quod pater potest compelli administrare sumtus Studiorum, filio suo volenti studere. *l.de bonis 6.§.non solum.ff.de Carb. edict.* cuius verba sunt, non solum præstari alimenta debent pupillo, sed etiam in studio & alias impensas debet impendi pro modo facultatum. *l.Macedoniani.5,C.ad S C.Macedon.* Pulchrè *Rebuff. d. loco.priuil.53.l. qui filium.ff. vbi pupill.educ. deb.* Facit illud sapientis *Catonis,*

> *Cum tibi sunt nati, nec opes, tunc artibus ipsos,*
> *Instrue quo possint inopem defendere vitam.*

Intellige autem parentes tantum posse compelli vt curent liberos instituі quoad Grammaticam, seu vt curent liberos scribere & legere, cum ista disciplina sit homini necessaria, in legibus vero & iure Ciuili non tenetur pater dare erudiendum filium, nisi hoc exigat qualitas ingenij, & quantitas bonorum. Quod iudicis arbitrio relinquetur. *Rebuff. d.loc.*

VIII. Priuilegium est quod filius non tenetur sumptus à parentibus in studia collatos post mortem eius conferre, sed habebit eos præcipuos. *l.qua pater.50. ff. famil. ercisc.* Similiter quod pater expendit in promotionem, puta Doctoratum vel Magisterium filij, hoc filius habebit præcipuum, nec tenetur cum fratribus aut sororibus conferre, *l 1.§. nec castrense,ff.de collat. bonor.* Eodem modo si filius familias scholaris viuo patre debita studij causa contraxit, mortuo patre non tenetur cum alijs fratribus succedens, de sua parte totum debitum exoluere, sed satisfieri debet de communi hæreditate, tanquam æs alienum patris vel hæredum, *l.si pupilla. 20. §. idem scribit. & §.Neratius.ff famil. ercisc. Rebuff. d.loc. priuileg.59.* Expensæ verò Studiorum patre mortuo factæ non debent à fratribus ex communi hæreditate persolui, sed debet eos filius ex proprijs bonis præstare & satisfacere. *l.Lucius §. idem respondit. vbi Bart. ff. ad Munic.l.1.§.sed an.ff.de collat.bono.l.ex parte § filius. & l.si filius.ff.Fam.ercisc. Wesenb. consil.80. num. vlt.*

IX. Pri-

IX Priuilegium est, quod si filiusfam. cum voluntate patris in Scholis existens accepit pecuniam mutuo, etiam patre inuito, hoc mutuum poterit à patre repeti. *l. item si filiusfam. 7. §. proinde. ff. ad S C. Macedon.* Dummodo non excedat filius cam quantitatem, quam pater solebat filio subministrare. *d. §. proinde.* Et sic fauore Studiorum cessat S C. Macedonianum in Studiosis. *l. Macedoniani. 5. C. ad S C. Maced. fac. l. si longius. 18. in fine. ff. de iudic. in verb. ne egestate laboret filiusfam. viaticulo suo non recepto*, quod ad sumptum Studiorum pater ei destinauerat.

X. Priuilegium est, quod Studiosus capi, vel abduci captiuus ex Academia vel Schola publica non potest, *arg. c. quisquis & constituimus 17. q. 4.* vbi dicitur quod domus Episcopi habet immunitatem, quod inde captiuus abduci non possit. Vnde hoc fortius procedere debet in loco Academico. Pulchre *Rebuff. de Priuileg. Studios. priuil. 102.* Vbi id varijs argumentis & consuetudine receptum probat, aitque ob id quosdam satellites, qui Studiosum ex Academia extraxerant, suspensos fuisse in Academia Tolosana. Excipitur crimen hæreseos & læsæ Maiestatis. *c. 1. de homicid. l. quisquis. C. ad l. Iul. Maiest. Rebuff. ibidem.* quia tunc potest dici: Ab altari euelles eos, vt moriantur.

XI. Priuilegium est, quod licet filiusfamilias non possit testamentum facere, tamen Studiosi & liberalium artium Magistri, Doctores, Aduocati, Consiliarij, Notarij, licet filijfam. sint, possunt de bonis ex professione, vel patrocinijs causarum acquisitis, tanquam de peculio quasi castrensi testamentum condere. *l. vlt. C. qui testam. fac. poss. l. vlt. §. de alijs. C. de inoff. testam.* Ratio est quia filijfam. in castrensi peculio vel quasi, vice patrisfamilias funguntur. *text. & Gloss. in l. 2. ff. ad S C. Macedon.* Ideoque consequens est eos testari posse. *§. 1. Inst. Qu. non est perm. test. fac.*

XII. Priuilegium est, quod Scholares, qui absunt Studiorum causa extra continentia vrbis, pro præsentibus habentur. Vnde gaudent commodis & Priuilegijs eorum, qui præsentes sunt. *c. relatum. & c. tua frat. rnitati. 12. ex. de Cler. non resident. text. elegans in c. vlt. ex. de Magist.* Non enim abesse videntur, qui Studiorum causa absunt. *l. quæstum. 78. de lega. 3. l. Seia. 20. §. Pamphila. ff. de fund. Inst.* Et absentia Studiorum causa dicitur iusta & probabilis. *l. si longius. 18. § 1. ff. de iudic. l. nec non 28. ff. ex qu. cau. maior.* Ex hoc Priuilegio & hoc tanquam consectarium producitur, quod Scholastici siue Studiosi præbendarum

aut beneficiorum possessores, studentes in scholis vel Academiis priuilegiatis, percipiunt fructus beneficiorum suorum, quos perciperent, si præsentes essent in beneficio, *C. tua. de Cler. nonresident. c. cum ex eo. de elect. in 6. c. vlt. ext. de magistr.* Vide Horatium lucium hoc latius explicantem *in tract. de priuil. scholar. priuil. 98. Pet. Gregor. lib. 18 de Republ. c. 7. Rebuf. in priuil. studios. priuil. 31. & 32.*

XIII. Priuilegium est, quod Scholaris potest expellere Fabrum malleo obstrepentem & pulsantem & pulsantem prope domum Scholaris, *arg. l. vnic. in fin. C. de stud. liberal. vrb. Rom. lib. 11. tit. 18.* Vbi prohibetur, ne discipuli vel magistri sibi invicem obstrepant, neue linguarum] aut vocum permista confusio, aures vel mentes quorundam à studio auertat. Quæ ratio etiam militat contra artificem, vel Fabrum malleo obstrepentem. Ergo & eadem Iuris decisio seruanda est. *l. illud. ff. ad L. Aquil. Horatius Lucius, de priv. scholar. priuil. 46. Bart. in l. 1. ff. solut. matr. in vlt. column.* vbi dicit, quod ad officium Judicis pertinet, quicquid fit juxta scholas, per quod lectura impeditur vel auditores turbantur, remouere. Approbat & confirmat hanc decisionem. *Reyger. in thesaur. iur. in loc. de artific. & mercator.*

Vnde etiam statutum in vrbe Leydensi extat, quod nulli Fabri lignarii, ferrarij, vel alij opifices, qui suo strepitu Professorum vel studiosorum exercitia turbare possunt intra. x x. perticas possint circa Academiam vel Scholam triuialem habitare.

XIV. Priuilegium est quod Scholares delinquentes mitius puniuntur quam alii. Quod tum demum procedit, si Scholaris excellenti ingenio & eruditione sit prædiτus, *per. l. ad bestias 31. in verb. Si eius roboris, vel artificii sint, dignè Pop. Rom. exhiberi possint. ff. de pœn.*

Quam legem primum adduxit & allegavit Azo, qui cum propter homicidium plectendus esset, & iam ad supplicium deduceretur, exclamauit AD BESTIAS, AD BESTIAS. Quod Judicibus ab eo deludi existimantibus, tantum abfuit, vt gratiam sibi conciliaret, vt eorum iram ad necem vsque concitauerit, vt refert *Alciatus lib. 9. Parergon. cap. vlt.*

XV. Pri-

X V. Priuiligium est, quod licet Actor sequi debeat forum Rei. *l.2.& 5. C. de Iurisd.* tamen Scholares actores suos debitores coram suo Rectore Academiæ conuenire possunt *text. in Auth. habita. in fi. vers. Qui vero ad alium Iudicem eos trahere tentauerit, à tali conatu cadat. Rebuff. priuil. 162.* Quod & statuto huius Academiæ expresse cauetur, dum dicitur, quod Studiosi siue actores sint siue rei, siue illis cum Studioso, siue ciue sit controuersia, non nisi Rectoris Judicium subire cogantur. Idque obseruatum in causa Studiosi cujusdam nobilis nominati Endelgeest qui Studiosus conuenit colonum suum ad soluendam pensionem prædij conducti in foro Academico, cum ipse colonus extra Academiam in pago Voorschoten habitaret.

SEQVVN-



SEQVVNTVR ALIQVOT PRIVILEGIA DOCTORVM, ET PROFESSORVM.

I.



OCTORES propter summam dignitatem, omni carceris periculo vacant, etiamsi æs alienum propter inopiam dissoluere non possint, neque bonis cedant. *l. medicos. C. de Professor. & medic. lib. 10. tit. 52.* vbi notat Bartol. D D. non posse capi personaliter, seu duci ad judicium, vel curiam, *& ibi Gloss. valde notabilis, imo addit Bart. in l. 1. C. eod.* quod extrahens Doctorem de domo sua, pœna capitis teneatur, per *d. l. medicos. Adde l. miles. 6. ff. de re iud.* vbi militibus hoc Priuilegium conceditur, quod non teneantur vltra id quod facere possunt, sed etiam eorum habenda est ratio, ne egeant, *l. sunt qui 16. cum ff. seqq. & l. inter eos. 19. in fi. ff. eod.*

At vero quod ibi de militibus statutum est, hoc extenditur ad Doctores legum, & Aduocatos. Nam hi comparantur militibus, ideoque non conueniuntur, nisi in quantum facere possunt, *per l. Aduocati. 14. & l. fori. 3.* vbi Aduocati militare dicuntur. *C. de Aduoc. diuers. Iud. Gu. Pap. qu. 388.* Imo nec pro debito capi, incarcerari, aut arrestari possunt. *Pref. Euerardi in loc. legal. in loc. à milite arm. milit. ad militem cœlest. milit. in princ.*

II.

Doctores de crimine quamuis capitali suspecti in carcere detineri non debent, sed liberantur à pœna, vel custodia carceris, si fideiussores dent judicio sisti, *text. in l. si grauis. 16. l. quoties 17. C. de dignitat. lib. 12.* Idque probant interpretes, *per l. 1. ff. de custod. reor.* Quod tamen ita temperandum est, vt Reus Doctoratu insignitus, non omninò liber dimitti, sed quod loco carceris ei ex arbitrio judicis domus vel ciuitas certa cum custodia militum assignari, vel etiam remota custodia in certum locum arresto constringi debeat. Ita notat *Prosper Farrinacius in praxi criminali. tit. 4. quæst. 33. nu. 60. & seqq.*

III. Docto-

III.

Doctores quamuis de crimine suspecti & legitimis indicijs grauati, torturæ subijci non debent, *arg. l.milites.9. C. de quæst.* vbi dicitur milites non esse torquendos. Vnde colligitur neque Doctores torturæ subijciendos. Ratio est, quia omnia Priuilegia quæ militibus competunt, non propter imperitiam juris, sed dignitatis vel publicæ vtilitatis causa, etiam D D. concessa sunt. *Bart. Cyn. & Salyc. in l.1. C.de iur.& fact.ignor.* Idem quoque tenet *Cynus in d.l.milites.9. & l.4. C.ad l.Iul. Maiest.* Nam nec decuriones quidem, quorum minor est quam Doctoratus dignitas, torqueri possunt, *l.decuriones.6.C.de quæst. Idem addit.ad Gloss.expresse statuit in d.l.milites.9.C.de quæst.*

IV.

Doctores maximè legum, sicut & Aduocati, pro nobilibus sunt habendi, *l.prouidendum.7. C.de postul.* vbi Gloss. dicit, quod scientia nobilitat. *fac l.1.ff. de extraord. cognit.* vbi dicitur quod sanctissima ciuilis sapientia pretio nummario æstimari vel comparari non potest. Comprobat hoc *l scire oportet.13.§.aliud autem.ff.de excus.tut.* vbi Scævola, Paulus, & Vlpianus, dicuntur Coryphæi. i. Principes, vnde nobilium Priuilegia etiam Doctoribus competunt. *Bart. in l.medicos. C. de profess. & medic. lib.10.* Vnde etiam Doctores, quia nobiles sunt, in delictis corporis pœna luendis mitius puniendi sunt, quam ignobiles. Sic enim quando agitur de pœna corporali, mitius puniuntur quam ignobiles. *Clar. lib.5.sent.§.fin.nu.24. per.l.aut facta 16. §.persona.ff.de pœn.l.sacrilegij 6. in princ. & §.1.ff.ad l.Iul.pecul.l.3.§.pen.ff.ad l. Corn.de sicar.l. Padius.4. §.1. & l.vlt.ff. de incend.ruin.naufr.Couarru.lib.2. Var.resolut.c.9.num.3.*

V.

Doctores propter dignitatis seu nobilitatis prærogatiuam hoc habent Priuilegium, quod testimonij dicendi, vel jurisiurandi causa domo ad tribunal judicis vel Magistratus euocari non debent, sed ad ipsum judex quempiam mittere debet, qui jurisiurandum vel testimonium ab eo domi recipiat. *l. ad egregias.15.ff.de iureiur.*

VI.

Filij Doctorum & Professorum debent extraneis in lecturis præferri, nec aliquid pro examine aut alijs sumptibus Doctoralibus exsoluere coguntur. *l.iubemus.3.circa medium.C.de Aduoc.diuer.iudic. Præses Euerardi. Consil.193.*

VII.

Hoc etiam Priuilegium Doctori tribuitur, quod Doctori quamuis vnico testi attestanti de peritia sui discipuli plena fides adhibetur. *l.memini.xi. C.de Aduoc. diuers. iudicior. vbi Baldus.*

VIII.

Doctores quouis tempore & loco arma gestare possunt, *arg.l.vlt.C. de præpos. sacri cubiculi. lib.12.tit.5. Bart. in l.medicos C.de profess. & medic. lib.10.* vbi dicitur, quod viri illustres possunt vti cingulo militari.

IX.

Nonò ex constitutionibus imperij in Comitijs Francofurti Anno 1577. habitis concessum est Doctoribus eorundemque vxoribus ius vestimenta ornamenta, & aureas catenas, annulosque iuxta dignitatem & Priuilegia sua gerendi. Idem confirmat *Guid. Pap. quæst.88.* vbi notat, quod Doctores iuris censeri debent nobiles, quia à Populo taliter nominantur & reputantur. Vnde etiam gestant, ZONAM vel catenam DEAVRATAM, quod non faciunt plebeij.

X.

Decimum Priuilegium est, quod Scholares & discipuli inopi Doctori & Præceptori alimenta suppeditare tenentur. Quod probatur exemplo Massurij Sabini qui propter inopiam plurimum à suis auditoribus sustentatus est. *l.2.§.fin ff. de Orig.iur.* Idque euidens ratio naturalis dictat, qua naturali obligatione vt benefacientibus gratias rependamus, discipuli suis præceprotibus obstringuntur. *l. sed etsi.25. §. consuluit.ff.de petit,hered.l. Aquilius Regulus.27.ff.de donat.* Parentibus enim & præceptoribus (vt eleganter & præclarè Seneca loquitur) non potest reddi æquiualens. Et Alexander Magnus Imper. pluris faciebat præceptorem suum Aristotelem, quam proprium patrem Philippum, quia ab hoc nascendi, ab illo bene nascendi initium sumpserat. Pulchrè Lipsius in epistolis. *Nasci vulgare est benè institui, altera vita est.*

XI.

Vndecimum Priuilegium est, quod Doctores immunes sunt ab omnibus oneribus & muneribus publicis & ciuilibus. *l.medicos. C. de profess. & medic.*

& medic. lib. 10. proinde non tenentur excubias agere, nec milites hospitio recipere, nec diurno nec nocturno tempore ad portas vigilare, nec loricis vel alijs armis, quæ ciuibus imponuntur, instructi esse coguntur, nec denique collectam soluere tenentur. *text. notab. in l. sancimus. 6. C. de Aduoc. diuers. iudicior.* vbi dicitur, quod Aduocatis nulla debet ingeri peræquatio. h. e. vt interpretatur Accurs. nihil collectarum nomine debet eis iniungi, facit quod Sacerdotes à talibus contributionibus eximuntur, *c. clerici, de immun Eccles. in 6.* Sed Doctores legum sacra ministrare dicuntur, & Sacerdotibus æquiparantur. *l. 1. in verb.* cuius scilicet artis æqui & boni nos quis meritò Sacerdotes appellet. *ff. de Inst. & iur. Ergo &c. Guid. Pap. quæst. 388. Latè Menoch. in arbitr. iudic. quæst. lib. 2. cent. 4. casu 379.*

XII.

Duodecimum est, quod Doctor qui tranquillum & quietum habitandi locum ad studia sua excolenda nullibi in ciuitate, quam in ea platea, vbi faber habitat, reperire potest, fabrum sibi obstrepentem & turbantem sua studia expellere potest. *arg. l. vnic. in fin. C. de liberal. stud. vrb. Rom. lib. 11. tit. 18.* Quod tunc maximè locum habet si Doctor præuenit fabrum in habitando, vt tunc à Doctore ex vicinia eius possit expelli, ne clamore & strepitu turbet eius studia. *arg l. 2. §. si quis nemine ff. ne quid in loc. publ. Mantua in dialogismo seu glossar. iuris class. 1. c. 14.*

XIII.

Doctores juris qui in Academijs XX. annos docuerunt illustres seu nobiles efficiuntur, & comitum Palatinorum titulo & honore gaudent *arg. l. vnic. C. de Profess. qui in vrbe Constantinop. lib. 12. tit. 15.* vbi eiusmodi Professores juris, qui per XX. annos publicè professi sunt, æquiparantur COMITIBVS & vicarijs Principum, quos propter suam dignitatem illustres esse constat. *Wesembec. consil. 40. num. 50. vbi ex d. l. vnic. rectè notat*, quod Professores juris, qui XX. annos docuerunt COMITVM dignitate potiantur. Hinc in Academia Salmanticensi in Hispania, item in Duacensi Flandriæ Acad. qui vigesimum annum expleuit in munere docendi, stipendio suo (immunis à legendo) quamdiu vixit fruitur, *Middend. lib. 7. de Acad. in cap. de Salmanticens. Academia.*

XIV.

Hinc quamuis Professor itemque Doctor per substitutum legere non possit. *l. vlt. ff. de excus. tut. l. 1. §. ne autem. C. de calac. toll.* attamen quando XX. annorum spacio Doctor publica professione functus, illustris est factus, per substitutum profiteri potest *l. nullus qui maxu 60. C. de decur. lib. 10. tit. 31.* Cuius l. hæc sunt verba, Hi verò decuriones, qui hono-
„ rario titulo illustrem dignitatem sunt consecuti periculo suarum fa-
„ cultatum, per substitutos curiæ muneribus satisfacere non vetentur.

XV.

Decimum quintum Priuilegium est, quod qui Doctorem Iuris vel Professorem publicum cuiuscunque facultatis verberat, pulsat, vulnerat, vel iniuria afficit, tenetur *l. Iulia de vi publ. l. lege Iulia. 7. ff. ad l. Iul. de vi publ. in verb. oratorem. 1. ut gl. interpretatur, artium vel legum Doctorem.*

Et hanc sententiam adhuc hodie in judicijs obseruari notat *Hartmann. ab Hartmanno in pract. Obseru. lib. 1. miscell. iuris ciuilis. c. 4.*

F I N I S.



